

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

6ª edição

Revista, ampliada
e atualizada.

2012

 **EDITORA**
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

SOBRE O AUTOR

- Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP.
- Mestre em Direito Econômico pela UFBA.
- Pós-graduado em Direito pela Universidade Lusíada (Porto/Portugal) e pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.
- Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).
- Ex-Procurador da República (1995-1999).
- Professor Adjunto IV (concursado) de Direito Constitucional e dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Católica do Salvador (UCSAL).
- Professor Adjunto I de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).
- Professor-Visitante do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
- Professor-Conferencista de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado da Bahia (EMAB), da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia (FESMIP), da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (Bahia) e TRT da 19ª Região (Alagoas).
- Professor-Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade Baiana de Direito e do Curso *Juspodivm*. Professor de Direito Constitucional e Administrativo dos Cursos *Juspodivm*. Professor e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado da Faculdade Baiana de Direito.
- Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).
- Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).
- Presidente fundador do Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB).
- Autor de diversos artigos publicados em obras coletivas e revistas especializadas e dos livros *"Curso de Direito Constitucional"* (Editora Juspodivm); *"Controle Judicial das Omissões do Poder Público"* (Editora Saraiva); *"Controle de Constitucionalidade"* (Editora Juspodivm); *"Direito Penal-parte geral"* (Editora Juspodivm), *"Curso de Direito Administrativo"* (Editora Juspodivm) e *"EC 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário"* (em co-autoria com Carlos Rátis) (Editora Juspodivm).



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Conselho Editorial: Antônio Gidi, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Maitê Coelho (maitescoelho@yahoo.com.br)

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*À Ana, Jamile,
Dírley Victor e Diandra,
o meu eterno amor e carinho,
agradecendo a Deus a presença
de vocês na minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Há uma parábola que noticia que há muitos anos, um Rei criou um concurso para premiar o artista que melhor captasse, numa pintura, a paz perfeita. Muitos tentaram e, ao final, o Rei gostou de apenas duas. A primeira era um lago calmo e cristalino onde refletiam as imagens de montanhas e árvores que o ladeavam. O céu era de um azul perfeito e todos os que fitavam a pintura, enxergavam nela um profundo conteúdo de paz. A segunda pintura tinha um quebra-mar sobre rochas escuras e sem vegetação. O céu enegrecido, pontilhado por raios e trovões, precipitava uma grande tempestade. Definitivamente, essa pintura não revelava nenhum conteúdo de paz e tranquilidade. Mas, quando o Rei observou mais atentamente, verificou que no alto das rochas, havia um pequeno arbusto crescendo de uma fenda. Neste arbusto, encontrava-se um pequeno ninho e ali, no meio do mar revolto e céu tempestuoso, um pequeno passarinho descansava calmamente. O Rei então escolheu a segunda pintura e, diante de uma platéia surpresa, explicou, com grande sabedoria: *A verdadeira paz não é estar num lugar calmo e tranqüilo, sem trabalho árduo ou sem dor. Paz significa que, apesar de estarmos no meio das adversidades e das turbulências da vida, permanecemos calmos em nossos corações. Esta é a verdadeira paz!*

Agradeço tudo aos meus *Reis*: os *meus pais*. Com sabedoria, eles me ensinaram essa verdadeira paz, e que a minha felicidade dependia da felicidade dos outros; e que para eu ser feliz, era preciso que eu promovesse o bem e a felicidade das pessoas. A vocês, meus pais, segue a minha eterna gratidão, pelas incansáveis orientações. Ao meu pai *Dirley*, pelas lições de ética e honestidade, que, como ele sempre diz e enfatiza, são o maior patrimônio que alguém pode deixar. A você minha mãe *Lilian*, pelo conforto das amáveis palavras de incentivo e pela ternura do sorriso sempre presente.

Agradeço também aos amigos-irmãos, *Acioly*, *Deisimar*, *Josilton* e *Reis*, pois com vocês eu aprendi o que realmente é amizade.

Aos meus eternos Mestres, Professor Edvaldo Brito (UFBA) e Professor Luiz Alberto David Araujo (PUC/SP), com os quais aprendi o verdadeiro Direito Constitucional, que não é o ditado pelos tribunais, nem o plasmado na letra fria do texto, mas aquele que está em nossos corações, pronto para atender e servir a todos que anseiam por liberdade e dignidade.

Ao amigo Ricardo Didier, da editora *Juspodivm*, que praticamente parou a editora para se dedicar exclusivamente à diagramação e publicação deste livro, receba o meu agradecimento especial.

Aos amigos Francisco Salles e Guilherme Bellintani, do *curso Juspodivm*, pelo apoio e incentivo de sempre.

A todos aqueles que, como eu, amam a Constituição e lutam por sua efetividade!

SUMÁRIO

Nota à sexta edição.....	27
Apresentação.....	29
Capítulo I	
CONSTITUCIONALISMO.....	31
1. Origem e conceito.....	31
2. Desenvolvimento.....	32
2.1. Constitucionalismo antigo.....	32
2.2. Constitucionalismo medieval.....	33
2.3. Constitucionalismo moderno.....	34
3. Neoconstitucionalismo.....	38
3.1. Patriotismo Constitucional.....	42
3.2. Transconstitucionalismo.....	44
Capítulo II	
DIREITO CONSTITUCIONAL.....	47
1. Origem, conceito e natureza do Direito Constitucional.....	47
2. Objeto do Direito Constitucional.....	51
3. Espécies ou Divisão do Direito Constitucional.....	51
3.1. Direito Constitucional Especial, Positivo ou Particular.....	51
3.2. Direito Constitucional Comparado.....	51
3.3. Direito Constitucional Geral.....	52
4. Relações do Direito Constitucional com outros ramos do Direito.....	54
5. Relações do Direito Constitucional com disciplinas afins de caráter não-jurídico ..	70
6. Fontes do Direito Constitucional.....	71
Capítulo III	
TEORIA DA CONSTITUIÇÃO.....	73
1. Considerações acerca do vocábulo "Constituição".....	73
2. Origem e conceito de Constituição.....	76
2.1. Origem.....	76
2.2. Conceito.....	77
3. Concepções sobre a Constituição.....	78
3.1. A concepção sociológica.....	78
3.2. A concepção política.....	80
3.3. A concepção jurídica.....	84
3.4. A concepção cultural (conexão das concepções anteriores).....	92
4. Supremacia da Constituição.....	109
5. A unidade normativa da Constituição.....	116
6. Objeto e conteúdo das Constituições.....	117
7. Classificação das Constituições.....	118
7.1. Quanto ao conteúdo: <i>Material e Formal</i>	118
7.2. Quanto à forma: <i>Escrita e Não-Escrita</i>	120
7.3. Quanto à origem: <i>Democrática e Outorgada</i>	121
7.4. Quanto à estabilidade ou consistência ou mutabilidade: <i>Imutável, Fixa, Rígida, Flexível e Semi-rígida ou Semiflexível</i>	122

7.5. Quanto à extensão: <i>Sintética e Analítica</i>	125
7.6. Quanto à finalidade: <i>Garantia e Dirigente</i>	125
7.7. Quanto ao modo de elaboração: <i>Dogmática e Histórica</i>	126
7.8. Quanto à ideologia: <i>Ortodoxa e Eclética</i>	127
7.9. Quanto ao modo de ser (classificação ontológica): <i>Normativa, Nominal e Semântica</i>	127
7.10. Classificação da Constituição brasileira de 1988	128
8. Estrutura das Constituições	128
9. Elementos das Constituições	130
10. A Constituição Dirigente	131
11. A Constituição brasileira de 1988	143

Capítulo IV

TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL	147
1. A constituição como um sistema aberto de normas	147
2. A norma constitucional: conceito e natureza	148
3. As condições de aplicabilidade da norma constitucional	151
4. As espécies de norma constitucional: <i>os princípios e as regras</i> . A "normatividade" dos princípios	154
4.1. A distinção entre regras e princípios em Robert Alexy	160
5. A eficácia jurídica da norma constitucional	162
5.1. O problema da eficácia das normas constitucionais	162
5.2. Normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias	165
5.3. Normas constitucionais <i>self-executing</i> e <i>not self-executing</i>	166
5.4. A classificação da doutrina italiana	169
5.5. A classificação de J. H. Meirelles Teixeira	170
5.6. A classificação de José Afonso da Silva	171
5.7. A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito	177
5.8. A classificação de Maria Helena Diniz	178
5.9. Reflexões acerca das classificações examinadas e tomada de posição pessoal	180
5.10. Eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas	182
6. Os princípios constitucionais	188
6.1. Tipologia de princípios constitucionais	191
6.2. Sistema interno de princípios e regras constitucionais: uma hierarquia axiológica dos princípios constitucionais	193
6.3. Hierarquia de princípios	195

Capítulo V

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	199
1. Hermenêutica e interpretação jurídica	199
2. Interpretação jurídica e interpretação constitucional. A especificidade da interpretação constitucional	203
3. As correntes interpretativistas e não-interpretativistas no direito norte-americano	205
3.1. Interpretação constitucional e criação judicial do Direito	207
4. Métodos de interpretação constitucional	221
4.1. Método jurídico ou hermenêutico-clássico	221
4.2. Método tópico-problemático	223
4.3. Método hermenêutico-concretizador	224

4.4. Método científico-espiritual	225
4.5. Método normativo-estruturante	226
5. Princípios de interpretação constitucional	226
5.1. Princípio da unidade da Constituição	227
5.2. Princípio do efeito integrador	228
5.3. Princípio da máxima efetividade	230
5.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional	230
5.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização	231
5.6. Princípio da força normativa da Constituição	232
5.7. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade	233
5.8. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis	235
5.9. Princípio da interpretação conforme a Constituição	236
6. A interpretação constitucional e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle	237

Capítulo VI

PODER CONSTITUINTE	239
1. Considerações preliminares	239
2. Conceito	240
3. O Poder Constituinte e o pensamento de Sieyès	242
4. Natureza	243
5. Titularidade e exercício do Poder Constituinte	245
6. Espécies de Poder Constituinte: Originário e Derivado	247
7. Poder Constituinte Originário	248
7.1. Conceito	248
7.2. Características	248
7.3. Formas de manifestação	251
7.4. Poder Constituinte Material e Poder Constituinte Formal	251
8. Poder Constituinte Derivado	252
8.1. Conceito	252
8.2. Características	253
8.3. Espécies	253
8.4. Poder Constituinte Reformador	253
8.4.1. Conceito	253
8.4.2. Limitações	254
8.4.3. Processo Legislativo de Emenda à Constituição: processo de reforma constitucional	259
8.4.4. Controle de constitucionalidade da reforma constitucional	261
8.5. Poder Constituinte Decorrente	261
9. Mutação constitucional	263
10. Direito Constitucional intertemporal	264
10.1. Princípio da Recepção	265
10.2. Repristinação	266
10.3. Desconstitucionalização	266

Capítulo VII

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	267
1. Considerações iniciais	268
2. Conceito e pressupostos do controle de constitucionalidade	269
2.1. Conceito	269
2.2. Pressupostos	270

2.2.1.	A Constituição formal	270
2.2.2.	A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema	271
2.2.3.	A previsão de um órgão competente	272
3.	Antecedentes históricos e evolução do controle de constitucionalidade	272
3.1.	O sistema "americano" da <i>judicial review of legislation</i> ou "difuso" de controle de constitucionalidade e o <i>leading case William Marbury v. James Madison</i>	275
3.2.	O sistema "austriaco" ou "concentrado" de controle de constitucionalidade. A contribuição de Kelsen	286
3.3.	O sistema francês de controle de constitucionalidade e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008	296
3.3.1.	O Controle de Constitucionalidade na França, a Constituição de 04 de outubro de 1958 e o Conselho Constitucional	297
3.3.1.1.	Composição do Conselho Constitucional	298
3.3.1.2.	Competência do Conselho Constitucional	299
3.3.2.	O Controle Preventivo de Constitucionalidade na França	300
3.3.3.	O Controle Repressivo de Constitucionalidade na França e a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC)	301
3.3.4.	Considerações finais	304
3.4.	A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil	305
3.4.1.	A Constituição de 1824	305
3.4.2.	A Constituição de 1891	306
3.4.3.	A Constituição de 1934	308
3.4.4.	A Constituição de 1937	308
3.4.5.	A Constituição de 1946	309
3.4.6.	A Constituição de 1967/69	310
3.4.7.	A Constituição de 1988	311
4.	Modelos de controle de constitucionalidade	313
4.1.	Quanto ao parâmetro do controle	313
4.2.	Quanto ao objeto do controle	314
4.3.	Quanto ao momento da realização do controle	315
4.4.	Quanto à natureza do órgão com competência para o controle	316
4.5.	Quanto ao número de órgãos com competência para o controle	318
4.6.	Quanto ao modo de manifestação do controle	319
4.7.	Quanto à finalidade do controle	321
5.	Controle difuso de constitucionalidade	322
5.1.	O controle difuso-incidental de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional	322
5.2.	A provocação do controle difuso-incidental de constitucionalidade	323
5.3.	A legitimidade para provocar o controle difuso-incidental de constitucionalidade	325
5.4.	A competência para realizar o controle difuso-incidental de constitucionalidade	325
5.5.	O procedimento do controle difuso-incidental de constitucionalidade	328
5.6.	Os efeitos da decisão no controle difuso-incidental de constitucionalidade	331
5.7.	O controle difuso-incidental de constitucionalidade e a suspensão da execução do ato pelo Senado Federal	333
6.	Controle concentrado de constitucionalidade	344

6.1.	O controle concentrado de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional	344
6.2.	Conceito e tipos de inconstitucionalidade	345
6.3.	A provocação do controle concentrado-principal de constitucionalidade: As Ações Diretas	353
7.	Ação Direta de Inconstitucionalidade	357
7.1.	Origem, conceito e finalidade	357
7.2.	Legitimidade <i>ad causam</i>	358
7.3.	Competência	364
7.4.	Parâmetro e objeto	368
7.5.	Procedimento. A Lei nº 9.868/99	381
7.6.	Decisão e efeitos	384
8.	A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	396
8.1.	Origem e generalidades	396
8.2.	Natureza, finalidade e procedimento	397
8.2.1.	Possibilidade de medida cautelar na ADI por omissão	400
8.3.	Legitimidade <i>ad causam</i> e competência	401
8.4.	Parâmetro e objeto	402
8.4.1.	A omissão inconstitucional: conceito e características	403
8.4.2.	Momento em que ocorre a omissão inconstitucional	406
8.4.3.	A omissão inconstitucional e suas modalidades	407
8.4.3.1.	Omissão inconstitucional total e parcial	407
8.4.3.2.	Omissão inconstitucional formal e material	413
8.4.3.3.	Omissão inconstitucional absoluta e relativa	413
8.4.4.	As omissões controláveis	414
8.4.5.	A omissão inconstitucional no Direito Comparado	416
8.5.	Decisão e seus efeitos	418
9.	Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva)	427
9.1.	Origem, conceito e finalidade	427
9.2.	Legitimidade <i>ad causam</i>	430
9.3.	Competência	431
9.4.	Parâmetro e objeto	432
9.5.	Procedimento. A Lei nº 12.562/2011	433
9.6.	Da medida liminar	435
9.7.	Decisão e efeitos	436
10.	Ação declaratória de constitucionalidade	437
10.1.	Origem, conceito e finalidade	437
10.2.	Legitimidade <i>ad causam</i>	439
10.3.	Competência	440
10.4.	Parâmetro e objeto	440
10.5.	Procedimento. A Lei nº 9.868/99	441
10.6.	Decisão e efeitos	442
11.	Arguição de descumprimento de preceito fundamental	443
11.1.	Origem, delineamento constitucional e generalidades do instituto	443
11.2.	A parametricidade da arguição de descumprimento: os Preceitos Constitucionais Fundamentais	450
11.3.	Conceito de "descumprimento" na arguição	455
11.4.	Modalidades da arguição de descumprimento	457
11.5.	Arguição direta ou autônoma	459
11.5.1.	Legitimidade <i>ad causam</i>	459

11.5.2. Competência.....	465
11.5.3. Procedimento. A Lei 9.882/99	466
11.5.4. Medida liminar	469
11.5.5. Objeto. Os atos ou omissões controláveis	470
11.5.5.1. Atos normativos	471
11.5.5.2. Atos não normativos	473
11.5.5.3. Atos municipais	474
11.5.5.4. Atos anteriores à Constituição	476
11.5.5.5. Atos políticos	477
11.5.5.6. Projetos de leis ou de emendas constitucionais	479
11.5.5.7. Ato de interpretação e aplicação do regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo	482
11.5.6. Decisão e seus efeitos	484
11.6. Arguição incidental	489
11.6.1. Legitimidade <i>ad causam</i>	492
11.6.2. Objeto	495
11.6.3. Controvérsia constitucional relevante	496
11.7. O caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O significado e alcance do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 ..	498
12. Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros	506
12.1. Considerações gerais	506
12.2. O Controle de constitucionalidade difuso-incidental nos Estados	506
12.3. O Controle de constitucionalidade concentrado-principal nos Estados	511

Capítulo VIII

HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	517
1. Antecedentes do constitucionalismo brasileiro	517
2. A Constituição de 1824	518
3. A Constituição de 1891	520
3.1. A instalação da Primeira República	520
3.2. Traços gerais da Constituição de 1891	521
4. A Constituição de 1934	522
4.1. A Revolução de 1930	522
4.2. Traços gerais da Constituição de 1934	524
5. A Constituição de 1937	525
5.1. O Estado Novo	525
5.2. Traços gerais da Constituição de 1937	526
6. A Constituição de 1946	526
7. A Constituição de 1967	527
7.1. A Revolução de 1964	527
7.2. Traços gerais da Constituição de 1967	529
8. A Constituição de 1969 (EC nº 01/69)	530
9. A Constituição de 1988	530
9.1. Antecedentes	530
9.2. Traços gerais e estrutura da Constituição de 1988	531

Capítulo IX

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	535
1. Considerações iniciais	535
2. Princípio Federativo	536
3. Princípio Republicano	540

4. Princípio do Estado Democrático de Direito	541
5. Princípio da Soberania Popular	543
6. Princípio da Separação de Poderes	544
6.1. O Poder político e as funções estatais	544
6.2. Antecedentes históricos da teoria clássica da separação das funções estatais	546
6.3. A separação das funções estatais nas Constituições brasileiras	552
6.4. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de Poderes	554
7. Princípios Fundamentos do Estado brasileiro	559
8. Princípios Objetivos Fundamentais do Estado brasileiro	560
9. Princípios regentes das relações internacionais	561

Capítulo X

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	565
1. Considerações iniciais	565
2. Delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais. Em busca de um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais	566
3. A teoria dos quatro <i>status</i> de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais	576
3.1. Função de defesa ou de liberdade	579
3.2. Função de prestação	580
3.3. Função de proteção perante terceiros	583
3.4. Função de não discriminação	584
4. Antecedentes históricos e evolução dos direitos fundamentais	584
4.1. Considerações iniciais	584
4.2. As Declarações de Direitos	591
4.2.1. A Magna Carta	593
4.2.2. A <i>Petition of Rights</i>	595
4.2.3. O <i>Habeas Corpus Act</i>	596
4.2.4. O <i>Bill of Rights</i>	597
4.2.5. O <i>Act of Settlement</i>	597
4.2.6. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia	598
4.2.7. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	601
4.2.8. A Declaração Universal dos Direitos do Homem	606
4.3. A evolução dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração ou dimensão	613
4.3.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão: os direitos civis e políticos	617
4.3.2. Os direitos fundamentais de segunda dimensão: os direitos sociais, econômicos e culturais	618
4.3.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão: os direitos de solidariedade	626
4.3.4. Os direitos fundamentais de quarta dimensão: o direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia	627
4.3.5. Os direitos fundamentais de quinta dimensão: o direito à paz	628
4.4. Considerações finais	629
5. Fundamentos dos Direitos Fundamentais	630
6. A constitucionalização das declarações de direitos, a função legitimadora dos direitos fundamentais e seu regime jurídico-constitucional reforçado	634

7. Características dos direitos fundamentais	637
8. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	642
9. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas" ou "eficácia privada dos direitos fundamentais" ou "eficácia externa dos direitos fundamentais")	648
10. Os direitos fundamentais e suas garantias	651

Capítulo XI

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	653
1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988	653
2. Os destinatários dos direitos fundamentais	654
3. A eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988	655
4. A concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. O significado e alcance da cláusula de "abertura material ou de inesgotabilidade dos direitos fundamentais" do art. 5º, § 2º e o novo § 3º	668
5. A classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988	685

Capítulo XII

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS	695
1. Considerações iniciais	695
2. Direito à vida	695
3. Direito à igualdade	696
4. Direito à liberdade	702
4.1. Liberdade de ação e o princípio da legalidade	702
4.2. Liberdade de locomoção	703
4.3. Liberdade de opinião ou pensamento	704
4.4. Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação	705
4.5. Liberdade de informação	707
4.5.1. O direito de informar e a liberdade de informação jornalística. O direito de crítica jornalística	708
4.6. Liberdade de consciência e crença. A escusa de consciência	714
4.7. Liberdade de reunião	717
4.8. Liberdade de associação	718
4.9. Liberdade de opção profissional	719
5. Direito à privacidade	720
5.1. Direito à intimidade	721
5.2. Direito à vida privada	722
5.3. Direito à honra	722
5.4. Direito à imagem	723
5.5. Direito à inviolabilidade da casa	723
5.6. Direito ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas	725
6. Direito de propriedade	732
6.1. Propriedade intelectual	733
6.2. Direito de herança	734
7. Direito de petição	734
8. Direito de certidão	735
9. Direito de acesso à justiça	735

10. Direito à segurança jurídica	737
10.1. Garantia do direito adquirido	738
10.2. Garantia do ato jurídico perfeito	739
10.3. Garantia da coisa julgada	740
11. Direito à garantia do devido processo legal	740
12. Direito às garantias do contraditório e da ampla defesa	742
13. Direito à segurança em matéria penal e processual penal	743

Capítulo XIII

DOS DIREITOS SOCIAIS	759
1. Considerações iniciais	759
2. Direitos sociais do trabalhador	762
3. Direitos sociais da seguridade social	767
3.1. Direito à saúde	767
3.2. Direito à previdência social	770
3.3. Direito à assistência social	771
4. Direitos sociais à educação e à cultura	771
4.1. Direito à educação	771
4.2. Direito à cultura	776
5. Direito social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	776
6. Direitos sociais da criança, do adolescente, do jovem e do idoso	778
7. A efetividade dos direitos sociais e a reserva do possível	780

Capítulo XIV

DO DIREITO DE NACIONALIDADE	791
1. Considerações iniciais	791
2. Conceito de nacionalidade	791
3. Espécies de nacionalidade	792
4. Modos de aquisição da nacionalidade	792
5. O polipátrida e o apátrida (<i>heimatlos</i>)	793
6. Os brasileiros na Constituição Federal de 1988	794
6.1. Os brasileiros natos	794
6.2. Os brasileiros naturalizados	800
7. Distinção entre brasileiros natos e naturalizados	803
8. Perda da nacionalidade brasileira	805
9. Reaquisição da nacionalidade brasileira	806
10. A situação dos portugueses com residência permanente no Brasil	807

Capítulo XV

DOS DIREITOS POLÍTICOS	809
1. Considerações iniciais	809
2. Modalidades de direitos políticos	809
3. Direitos políticos positivos	809
3.1. Direitos políticos ativos	810
3.2. Direitos políticos passivos	810
4. Direitos políticos negativos	812
4.1. Inelegibilidades	813
4.1.1. Inelegibilidades absolutas	813
4.1.2. Inelegibilidades relativas	813
4.2. Perda e suspensão de direitos políticos	817
5. Dos partidos políticos	820

5.1. Conceito.....	820
5.2. Liberdade partidária	820
5.3. Autonomia partidária.....	821
5.4. Direitos dos partidos políticos	822
Capítulo XVI	
DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS	825
1. Considerações gerais	825
2. <i>Habeas corpus</i>	826
2.1. Escorço histórico da origem do instituto	826
2.2. Natureza Jurídica	827
2.3. Espécies.....	828
2.4. Legitimidade <i>ad causam</i>	828
2.4.1. Legitimidade ativa	828
2.4.2. Legitimidade passiva	829
2.5. Hipóteses de cabimento	830
2.6. Competência	831
2.7. Procedimento.....	833
3. Mandado de segurança.....	835
3.1. Conceito, delineamento constitucional e generalidades do instituto	835
3.2. Natureza Jurídica	836
3.3. Espécies.....	837
3.4. Legitimidade <i>ad causam</i>	837
3.4.1. Legitimidade ativa	837
3.4.2. Legitimidade passiva	838
3.5. Cabimento	840
3.6. Objeto da impetração	841
3.7. Competência	843
3.8. Procedimento.....	844
3.9. Da Medida Liminar	846
3.10. Da Sentença.....	847
3.11. Do Pedido de Suspensão da execução da Liminar e da Sentença.....	847
3.12. Do Mandado de Segurança Coletivo	848
3.13. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	849
4. Mandado de injunção	851
4.1. Origem e considerações gerais a respeito do instituto	851
4.2. Objeto	859
4.3. Legitimidade ativa	860
4.4. Legitimidade passiva	861
4.5. Competência	863
4.6. Decisão e seus efeitos	864
5. <i>Habeas data</i>	879
6. Ação popular.....	881
6.1. Considerações gerais	881
6.2. Requisitos específicos da ação	882
6.3. Finalidade da ação	882
6.4. Objeto da ação popular.....	883
6.5. Legitimidade <i>ad causam</i>	884
6.5.1. Legitimidade ativa	884
6.5.2. Legitimidade passiva	885

6.6. Competência	885
6.7. Liminar, sentença e coisa julgada.....	886
7. Ação civil pública	887
Capítulo XVII	
DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	897
1. O Princípio Federativo e o Estado Federal	897
1.1. Estado Federal e Estado Unitário.....	898
1.2. Estado Federal e Estado Regional	898
1.3. Estado Federal e Confederação de Estados	899
1.4. Características comuns do Estado Federal.....	899
1.5. Estado Federal e tipos de Federalismo	902
2. O Federalismo Brasileiro	903
2.1. Origem e evolução histórica do federalismo brasileiro	903
2.2. A Organização Política do Estado brasileiro.....	904
3. A repartição de competência	904
3.1. O princípio da predominância do interesse	905
3.2. Técnicas de repartição de competência.....	905
4. A repartição de competência na Constituição brasileira de 1988	905
4.1. A repartição horizontal de competência. Técnicas	907
4.2. A repartição vertical de competência	907
5. Competências e sua classificação.....	907
5.1. Competência legislativa.....	908
5.2. Competência não legislativa ou material.....	908
5.3. Outras competências	908
6. A União	909
6.1. A posição da União na Federação	909
6.2. Brasília: sede do governo da União.....	909
6.3. Bens da União	910
6.4. Competência material	912
6.4.1. Exclusiva.....	912
6.4.2. Comum	915
6.5. Competência legislativa.....	916
6.5.1. Privativa. A delegação de competência aos Estados	916
6.5.2. Concorrente.....	921
7. Os Estados federados	924
7.1. A posição dos Estados-membros na Federação. O poder constituinte decorrente das Assembléias Legislativas	924
7.2. Competência material (privativa e comum).....	926
7.3. Competência legislativa (privativa e concorrente). A competência suplementar	927
7.4. Bens dos Estados	928
8. O Distrito Federal.....	928
8.1. A posição do Distrito Federal na Federação e suas competências	928
9. Os Municípios	929
9.1. O Município nas Constituições anteriores.....	930
9.1.1. O Município na Constituição do Império	930
9.1.2. O Município na Constituição de 1891	931
9.1.3. O Município na Constituição de 1934	931
9.1.4. O Município na Constituição de 1937	932

9.1.5. O Município na Constituição de 1946	932
9.1.6. O Município na Constituição de 1967	933
9.2. As competências do Município na Constituição Federal de 1988	934
9.2.1. A competência legislativa	938
9.2.2. A competência material	940
10. Os Territórios Federais	942
10.1. Natureza	942
10.2. Organização	942
11. Intervenção	943
11.1. Conceito	943
11.2. Intervenção Federal	944
11.3. Intervenção Estadual	948
11.4. Formalidades comuns	948
12. A Administração Pública	949
12.1. Conceito	949
12.2. Organização	952
12.2.1. Administração direta	953
12.2.2. Administração indireta	954
12.3. Regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública	955
12.3.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado	957
12.3.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público	959
12.3.3. Princípio da Legalidade	959
12.3.4. Princípio da Impessoalidade	960
12.3.5. Princípio da Moralidade	961
12.3.6. Princípio da Publicidade	963
12.3.7. Princípio da Eficiência	964
12.3.8. Princípio da Finalidade Pública	965
12.3.9. Princípio da Presunção de Legitimidade	966
12.3.10. Princípio da Autotutela	966
12.3.11. Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos	968
12.3.12. Princípio da Motivação	969
12.3.13. Princípio da Responsabilidade do Estado	971
12.3.14. Princípio do acesso universal aos cargos, empregos e funções públicas	971
12.3.15. Princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos	972
12.3.16. Princípio da obrigatoriedade da licitação	977
12.4. Dos Servidores Públicos	978
12.4.1. Agentes Públicos	978
12.4.2. Espécies de Agentes Públicos	979
12.4.2.1. Agentes políticos	979
12.4.2.2. Agentes ou servidores administrativos do Estado	980
12.4.2.3. Agentes particulares em colaboração com o Estado	990
12.4.3. Direitos dos trabalhadores extensivos aos servidores públicos. O direito à livre associação sindical e o direito de greve	990
12.4.4. Remuneração e subsídio do servidor	993
12.4.5. Estabilidade do servidor	1006
12.4.6. Previdência do servidor	1009

12.5. Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios	1012
12.6. Das Regiões	1015

Capítulo XVIII

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	1017
1. As funções do estado e a separação de poderes	1018
2. Do poder legislativo	1021
2.1. Órgãos do Poder Legislativo	1021
2.1.1. Órgãos do Poder Legislativo da União: O Congresso Nacional. O Bicameralismo. As Casas Legislativas e a composição do C.N.	1021
2.1.2. Órgãos do Poder Legislativo dos Estados: As Assembleias Legislativas dos Estados e a Câmara Legislativa do DF. Composição	1024
2.1.3. Órgãos do Poder Legislativo dos Municípios: As Câmaras de Vereadores dos Municípios. Composição	1025
2.2. Organização interna do Poder Legislativo	1030
2.2.1. A Mesa Diretora	1031
2.2.2. As Comissões Parlamentares	1032
2.2.2.1. Comissões Permanentes	1032
2.2.2.2. Comissões Temporárias	1033
2.2.2.3. Comissões Mistas	1033
2.2.2.4. Comissões de Inquérito	1033
2.2.2.5. Representativa	1044
2.2.3. A Polícia Legislativa e Órgãos Administrativos	1044
2.3. O funcionamento dos Órgãos do Poder Legislativo	1044
2.3.1. A Legislatura	1045
2.3.2. As Sessões legislativas	1045
2.3.2.1. Ordinária	1045
2.3.2.2. Extraordinária	1045
2.3.3. As Sessões	1046
2.3.3.1. Ordinárias	1046
2.3.3.2. Extraordinárias	1047
2.3.4. As Sessões preparatórias	1047
2.4. As atribuições do Congresso Nacional	1047
2.5. As atribuições da Câmara dos Deputados (art. 51)	1050
2.6. As atribuições do Senado Federal (art. 52)	1051
2.7. Quórum para deliberações (art. 47)	1053
2.8. O Processo Legislativo	1054
2.8.1. Conceito e objeto. As espécies de atos legislativos	1054
2.8.2. Atos do processo legislativo	1061
2.8.2.1. Iniciativa legislativa	1061
2.8.2.2. Emendas parlamentares	1064
2.8.2.3. Votação	1066
2.8.2.4. Sanção e veto	1067
2.8.2.5. Promulgação e publicação	1068
2.9. Procedimentos legislativos	1069
2.9.1. Procedimento legislativo ordinário	1069
2.9.2. Procedimento legislativo sumário	1070
2.9.3. Procedimentos legislativos especiais	1070
2.10. Dos Deputados e dos Senadores	1070

2.10.1. Prerrogativas.....	1070
2.10.1.1. As imunidades.....	1070
2.10.1.2. O privilégio de foro por prerrogativa da função.....	1074
2.10.1.3. Isenção do serviço militar.....	1076
2.10.1.4. Manutenção das prerrogativas durante os Estados de Exceção.....	1076
2.10.2. Incompatibilidades.....	1076
2.10.3. Perda do mandato.....	1077
2.10.3.1. Cassação.....	1077
2.10.3.2. Extinção.....	1078
2.11. Da Fiscalização contábil, financeira e orçamentária e dos Tribunais de Contas.....	1080
2.11.1. Dos Tribunais de Contas.....	1085
2.11.1.1. Do Tribunal de Conta da União.....	1086
2.11.1.2. Do Tribunal de Conta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.....	1086
3. Do Poder Executivo.....	1087
3.1. Sistemas de governo.....	1088
3.1.1. Parlamentarismo.....	1088
3.1.2. Presidencialismo.....	1092
3.2. O Poder Executivo no Brasil e o Presidente da República.....	1092
3.3. Eleição do Presidente da República.....	1094
3.4. Substituição e sucessão do Presidente da República.....	1095
3.5. Atribuições do Presidente da República.....	1097
3.6. Responsabilidade do Presidente da República.....	1100
3.7. Prerrogativas do Presidente da República.....	1104
3.8. Auxiliares do Presidente da República.....	1105
3.9. Órgãos de Consulta do Presidente da República.....	1106
3.9.1. Conselho da República.....	1106
3.9.2. Conselho de Defesa Nacional.....	1106
4. Do Poder Judiciário.....	1107
4.1. A função jurisdicional do Estado.....	1107
4.2. Órgãos do Poder Judiciário.....	1109
4.3. O Estatuto da Magistratura.....	1110
4.4. As Garantias do Poder Judiciário.....	1117
4.5. Quinto Constitucional.....	1122
4.6. Regime Constitucional dos Precatórios.....	1124
4.7. Do Supremo Tribunal Federal.....	1129
4.8. Do Conselho Nacional de Justiça.....	1149
4.9. Do Superior Tribunal de Justiça.....	1155
4.10. Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais.....	1157
4.11. Dos Tribunais e Juízes do Trabalho.....	1161
4.12. Dos Tribunais e Juízes Eleitorais.....	1175
4.13. Dos Tribunais e Juízes Militares.....	1177
4.14. Dos Tribunais e Juízes dos Estados.....	1179
5. Das funções essenciais à Justiça.....	1180
5.1. Do Ministério Público.....	1180
5.1.1. Histórico.....	1180
5.1.2. O Ministério Público no Brasil pré-Constituição de 1988.....	1181
5.1.3. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988.....	1182
5.1.4. Princípios institucionais.....	1185

5.1.4.1. Unidade.....	1185
5.1.4.2. Indivisibilidade.....	1185
5.1.4.3. Independência funcional.....	1186
5.1.5. Garantias e impedimentos dos membros do Ministério Público.....	1186
5.1.6. Funções institucionais.....	1187
5.1.7. Conselho Nacional do Ministério Público.....	1188
5.1.8. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.....	1190
5.2. Da Advocacia Pública.....	1191
5.3. Da Advocacia.....	1194
5.4. Da Defensoria Pública.....	1194
Capítulo XIX	
DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS.....	1201
1. Considerações gerais.....	1201
2. Do Sistema Constitucional das Crises e dos Estados de Exceção.....	1201
2.1. Do Estado de Defesa.....	1202
2.2. Do Estado de Sítio.....	1204
2.3. Das disposições comuns aos Estados de Defesa e de Sítio.....	1206
3. Das Forças Armadas.....	1206
4. Da Segurança Pública.....	1209
Capítulo XX	
DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO.....	1213
1. Do Sistema Tributário Nacional.....	1213
1.1. Dos Tributos: Noção de Tributo. Obrigação Tributária, Hipótese de Incidência Tributária e Fato Imponível do Tributo. Base de Cálculo e Alíquota.....	1213
1.2. A competência tributária.....	1223
1.2.1. Técnicas de repartição da competência tributária.....	1224
1.2.2. Limites ao exercício da competência tributária.....	1225
1.3. Classificação dos Tributos.....	1225
1.4. O imposto.....	1229
1.4.1. Impostos reais e pessoas.....	1230
1.4.2. Impostos diretos e indiretos.....	1230
1.4.3. Impostos em espécies.....	1231
1.4.3.1. Impostos da União.....	1232
1.4.3.2. Impostos dos Estados e do Distrito Federal.....	1234
1.4.3.3. Impostos dos Municípios.....	1236
1.5. A taxa.....	1237
1.5.1. A irrelevância da destinação do produto arrecadado.....	1239
1.5.2. A taxa e o preço (tarifa).....	1239
1.6. A Contribuição de Melhoria.....	1241
1.7. Os Empréstimos Compulsórios.....	1243
1.8. As Contribuições sociais.....	1246
1.8.1. As contribuições sociais de intervenção no domínio econômico.....	1247
1.8.2. As contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento da atuação da União nas respectivas áreas.....	1248
1.8.3. As contribuições sociais da seguridade social.....	1248
1.9. Das Limitações ao Poder de Tributar.....	1249
1.9.1. O Princípio da Legalidade Tributária.....	1249

1.9.2.	Princípio da Igualdade Tributária.....	1252
1.9.3.	Princípio da Capacidade Contributiva	1252
1.9.4.	Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária.....	1253
1.9.5.	Princípio da Anterioridade.....	1254
1.9.6.	O Princípio da Não-Cumulatividade.....	1257
1.9.7.	Princípio da Seletividade.....	1258
1.9.8.	Princípio da vedação do confisco.....	1260
1.9.9.	Princípio da Imunidade recíproca.....	1260
1.9.10.	As imunidades dos templos de qualquer culto	1261
1.9.11.	As imunidades dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos	1262
1.9.12.	As imunidades dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão	1262
1.9.13.	Outras limitações	1263
1.10.	Da repartição das receitas tributárias	1263
2.	Das Finanças Públicas	1267
2.1.	Considerações gerais	1267
2.2.	Dos Orçamentos.....	1267
Capítulo XXI		
DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA		1273
1.	Conceito de <i>Ordem</i>	1273
2.	Ordem Econômica	1273
2.1.	Ordem Econômica e Constituição Econômica.....	1274
2.2.	A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras.....	1277
2.3.	A Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988	1279
2.4.	Ordem Econômica, Meio Ambiente e Desenvolvimento sustentável	1283
2.5.	Da Política Urbana	1289
2.5.1.	Desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana	1291
2.6.	Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.....	1293
2.6.1.	Desapropriação para fins de reforma agrária	1293
3.	Do Sistema Financeiro Nacional	1298
Capítulo XXII		
DA ORDEM SOCIAL.....		1301
1.	Considerações gerais	1301
2.	Objetivos	1302
3.	Da seguridade social.....	1304
3.1.	Saúde.....	1307
3.2.	Previdência social	1310
3.3.	Assistência social	1312
4.	Da Educação, da Cultura e do Desporto.....	1316
5.	Da Ciência e Tecnologia.....	1316
6.	Da Comunicação Social.....	1318
7.	Do Meio Ambiente	1333
8.	Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso	1340
9.	Dos Índios	1343
Bibliografia		1343

NOTA À SEXTA EDIÇÃO

É com enorme alegria que apresento a 6ª edição do Livro *Curso de Direito Constitucional*, que foi revisto, atualizado e ampliado. Agradeço a todos que confiaram em nosso trabalho, deixando aqui o registro de que foi exatamente esse sentimento de fé e crédito que nos motivou a melhorar ainda mais o Livro, acrescentando matérias não tratadas anteriormente e aprofundando em tantas outras já abordadas.

A 6ª edição acompanha os passos das anteriores, sendo fiel ao propósito de auxiliar o leitor, com seriedade, no estudo científico, compromissado, didático e compreensivo dos principais temas do Direito Constitucional.

O Livro foi revisto, atualizado e ampliado, sobretudo em razão da nova Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011, que alterou o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para prorrogar a DRU (*Desvinculação de Receitas da União*), até 31 de dezembro de 2015; e da Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011, que regulamentou o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da *representação interventiva* (a ADI interventiva) perante o Supremo Tribunal Federal.

Fizemos a atualização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente em razão da nova súmula vinculante que surgiu após o lançamento da anterior edição e de algumas importantes mudanças de entendimento da Corte em certos temas.

Demais disso, ampliamos a abordagem acerca do Neoconstitucionalismo; das Normas Constitucionais; do Controle de Constitucionalidade, este em razão da recente Lei 12.562/11 (*representação interventiva* perante o Supremo Tribunal Federal); e da Organização dos Poderes.

Enfim, agradeço as sugestões gentilmente apresentadas por amigos professores, alunos e ex-alunos, que foram prontamente acatadas, esperando que esta edição tenha a mesma acolhida e êxito que obtiveram as edições anteriores.

Com um afetuoso abraço,

Dirley da Cunha Júnior

Salvador, janeiro de 2012.

APRESENTAÇÃO

O Direito Constitucional evoluiu consideravelmente. De simples disciplina jurídica da organização do poder converteu-se no próprio fundamento lógico e jurídico de todo o Direito, de onde os poderes públicos e privados retiram a sua legitimidade e os limites de suas atribuições e ações. Mas nada disso foi obra do acaso. Resultou de um processo histórico que compreendeu um amplo movimento social e político direcionado à garantia das liberdades humanas fundamentais e à submissão do poder aos valores incorporados na Constituição.

No Brasil, o Direito Constitucional ganhou fôlego e atingiu o seu triunfo com a Constituição Federal de 1988, que inaugurou entre nós uma era de profundo respeito à pessoa humana e de afirmação dos direitos fundamentais, como valores supremos e indispensáveis para se construir uma sociedade livre, justa e solidária. Efetivamente, a Constituição de 1988 contribuiu significativa e decisivamente para o revigoramento dos postulados democráticos e para a conseqüente travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário e arbitrário para um Estado Democrático de Direito, com o que suscitou no povo brasileiro a esperança de mudanças e um *sentimento constitucional* jamais visto na história política do país. E nesse contexto, preocupada em proporcionar a plena felicidade e a solidariedade entre os homens, a “*Norma das normas*” eleva a pessoa humana a fundamento maior do Estado e a eixo central do sistema jurídico. E isso tem um significado importante, na medida em que todos os ramos do Direito e todos os fenômenos jurídicos devem ser lidos, compreendidos e operados a partir da necessidade de proteção do homem e da exigência de se garantir um sentimento de solidariedade entre as pessoas.

E o Direito Constitucional, motivado pelos avanços e reflexos causados pela *Carta de Outubro*, passa da desimportância ao apogeu, ganhando o prestígio e a atenção de toda a nação, razão por que começa a fazer parte do dia a dia do estudioso e do operador do Direito. Nunca se viu tanto interesse e dedicação pelo estudo do Direito Constitucional, situação que tem provocado uma farta e admirável produção bibliográfica sobre esse *Super ramo* do Direito.

Nessa linha, invoco toda a minha alegria e satisfação para apresentar, com muita honra e humildade, o nosso *Curso de Direito Constitucional*, que surge como o resultado, desejado por mim e incentivado pelos amigos e

alunos, de um labor científico e investigativo, mas sem perder a necessária objetividade, acerca dos mais destacados e relevantes temas constitucionais.

O livro compõe-se de *vinte e dois capítulos*. Além dos capítulos concernentes ao *Constitucionalismo* (capítulo I); *Direito Constitucional* (capítulo II); *Teoria da Constituição* (capítulo III); *Teoria da Norma Constitucional* (capítulo IV); *Interpretação Constitucional* (capítulo V); *Poder Constituinte* (capítulo VI); *Controle de Constitucionalidade* (capítulo VII) e sobre o *Histórico das Constituições Brasileiras* (capítulo VIII), o livro dedicou os demais capítulos ao estudo doutrinário e sequencial dos temas relacionados aos títulos plasmados no texto da Constituição de 1988, abordando, com amplas considerações teóricas e referência à jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, os *Princípios Fundamentais* (capítulo IX); os *Direitos e as Garantias Fundamentais* (incluindo a *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* e as *Ações Constitucionais*) (capítulos X a XVI); a *Organização do Estado* (capítulo XVII); a *Organização dos Poderes* (capítulo XVIII); a *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas* (capítulo XIX); a *Tributação e o Orçamento* (capítulo XX); a *Ordem Econômica e Financeira* (capítulo XXI); e a *Ordem Social* (capítulo XXII).

Com simplicidade, porém comprometido com a responsabilidade de informar e orientar corretamente e com segurança, o presente livro busca provocar no leitor um estudo crítico e uma reflexão sobre esse novo, extraordinário e encantador Direito Constitucional. Se ao menos, a partir deste livro, se chegar a formar opiniões, mesmo que contrárias às por ele defendidas, cremos que o objetivo foi alcançado. Ficaremos satisfeitos. E se a partir dele for despertado no leitor um sentimento de *amor* à Constituição e de cultura de respeito pela pessoa humana e pelos valores que lhe são mais caros, não teremos palavras para dizer; apenas diremos muito obrigado! Pois,

"Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como o bronze que soa ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda a ciência; ainda que eu tenha tamanha fé, a ponto de transportar montes, se não tiver amor, nada serei..." (Coríntios 13.1-2).

O Autor.

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO

Sumário • 1. Origem e conceito – 2. Desenvolvimento: 2.1. Constitucionalismo antigo; 2.2. Constitucionalismo medieval; 2.3. Constitucionalismo moderno – 3. Neoconstitucionalismo: 3.1. Patriotismo Constitucional; 3.2. Transconstitucionalismo.

1. ORIGEM E CONCEITO

A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, mais especificamente, segundo Karl Loewenstein¹, ao povo hebreu, de onde partiram as primeiras manifestações deste movimento constitucional em busca de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto. De fato, explica Loewenstein que o regime teocrático dos hebreus se caracterizou fundamentalmente a partir da idéia de que o detentor do poder, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava *limitado* pela *lei do Senhor*, que submetia igualmente os governantes e governados, radicando aí o modelo de Constituição material daquele povo.

O conceito de constitucionalismo, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o *ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar.

Não pregava o constitucionalismo, advertia-se, a elaboração de Constituições, até porque, onde havia uma sociedade politicamente organizada já existia uma Constituição fixando-lhe os fundamentos de sua organização. Isso porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, havendo Estado, sempre houve e sempre haverá um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade. O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por *idéias libertárias* que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.

1. KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, p. 154.

É claro que, para o sucesso do constitucionalismo, agigantou-se a necessidade de que aquelas idéias libertárias fossem absorvidas pelas Constituições, que passaram a se distanciar da feição de cartas políticas a serviço do detentor absoluto do poder, para se transformarem em verdadeiras manifestações jurídicas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime constitucional de liberdades públicas.

Num primeiro momento, as propostas do constitucionalismo não estavam condicionadas à existência de Constituições escritas, mesmo porque, como alertou Loewenstein², o surgimento de Constituições escritas não se identifica com a origem do constitucionalismo. As Constituições escritas são produto do século XVIII, enquanto o constitucionalismo tem a sua fase embrionária associada aos povos da antiguidade, com se noticiou acima.

É preciso insistir, contudo, que mesmo antes do advento do chamado Estado de Direito, já existia um Estado, chamado *Absoluto*, fundado numa Constituição que prescrevia obediência irrestrita ao soberano. Sendo assim, o constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir 'Constituições' aos Estados, que já as possuíam, pelo menos no sentido material, mas, sim, a fazer com que as Constituições (os Estados) abrigassem preceitos asseguradores da separação das funções estatais e dos direitos fundamentais³. Nesse contexto, podemos afirmar, com o mestre baiano Edvaldo Brito, que o constitucionalismo "é expressão da soberania popular que representa, em certo momento histórico, o deslocamento do eixo do poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do 'soberano'".⁴

2. DESENVOLVIMENTO

Como visto acima, o constitucionalismo representou um importante movimento político e filosófico que se manifestou em diversas épocas e lugares. Por isso mesmo, há quem prefira chamá-lo de *movimentos constitucionais*⁵ e identificá-lo, a partir de sua fase histórica e de suas características, como constitucionalismo antigo, medieval, moderno e contemporâneo.

2.1. Constitucionalismo antigo

O constitucionalismo desenvolveu-se por toda a antiguidade clássica, tendo presença marcante nas cidades-Estado gregas onde se consagrou,

2. Ibidem, mesma página.

3. MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 21.

4. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 26.

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 48.

por quase dois séculos (V a III a.C.), um regime político-constitucional de democracia direta com absoluta igualdade entre governantes e governados, cujo poder político foi isonomicamente distribuído entre todos os cidadãos ativos.

Em Atenas, por mais de dois séculos (de 501 a 338 a.C.), o poder político dos governantes foi rigorosamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pela instituição de um conjunto de mecanismos de cidadania ativa, em virtude dos quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo. Como se sabe, a democracia ateniense consistiu, basicamente, na atribuição popular do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em Assembleia (a *Ekklésia*) as principais decisões políticas, como, v. g., a adoção de novas leis, a declaração de guerra e a conclusão de tratados de paz ou de aliança. Ademais disso, a soberania popular ativa abrangia um sistema de responsabilidades, pelo qual era permitido a qualquer cidadão mover uma ação criminal (*apagoguê*) contra os dirigentes políticos, devendo estes, ainda, ao deixarem os seus cargos, prestar contas de sua gestão perante o povo. Os cidadãos também tinham o direito de se opor, na reunião da Assembleia, a uma proposta de lei violadora da constituição (*politéia*) da cidade; ou, na hipótese de tal proposta já se encontrar aprovada e convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor⁶.

A República romana (V a II a.C.) também foi palco importante para o amadurecimento das idéias constitucionalistas, sobretudo em razão de haver instituído um sistema de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político. Isto é, em Roma, com a instauração do governo republicano, o poder político passou a sofrer limitações, não propriamente pela soberania popular ativa nos moldes da democracia ateniense, mas em razão da elaboração de um complexo sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos políticos. "Assim é que o processo legislativo ordinário (...) era de iniciativa dos cônsules, que redigiam o projeto. O projeto passava em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios".⁷

2.2. Constitucionalismo medieval

Mas foi na idade média, em especial com a Magna Carta inglesa de 1215, que o constitucionalismo logrou obter importantes vitórias com a limitação do poder absoluto do Rei, através do reconhecimento naquele texto escrito,

6. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001, p. 41.

7. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2001, p. 42.

que representou um pacto constitucional entre o Rei e a Nobreza e Igreja, da garantia da liberdade e da propriedade.

Essa Declaração, consistente num pacto firmado em 1215 entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões ingleses, apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.

O importante é destacar que a *Magna Carta* inaugurou a pedra fundamental para a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder do governante passou a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. A *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita⁸.

2.3. Constitucionalismo moderno

Após a Magna Carta inglesa, o constitucionalismo deslança em direção à modernidade, ganhando novos contornos. A partir daí são elaborados importantes documentos constitucionais escritos (*Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; *Bill of Rights*, de 1689, etc.), todos com vistas a realizar o discurso do movimento constitucionalista da época. No século XVIII, o constitucionalismo ganha significativo reforço com as idéias iluministas, a exemplo da doutrina do contrato social e dos direitos naturais, de filósofos como John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778) e Kant (1724-1804), que se opunham aos governos absolutistas (*luzes contra trevas*), e que serviram de combustível para as revoluções liberais.

Essas diversas fases de desenvolvimento do constitucionalismo têm gerado a distinção, freqüentemente lembrada, entre o *constitucionalismo antigo* e o *constitucionalismo moderno*. Segundo Canotilho, numa acepção histórico-descritiva,

"fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado

8. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 75.

constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII".⁹

Designa, assim, de constitucionalismo antigo todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno, como o constitucionalismo hebreu, o constitucionalismo grego, o constitucionalismo romano e o constitucionalismo inglês.

No constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só à organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. Ademais, o Parlamento, considerado absoluto, não se vinculava às disposições constitucionais, não havendo possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares. O Parlamento podia, até, alterar a Constituição pelas vias ordinárias.

O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à idéia de Constituição *escrita*, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*. Já no constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, a Constituição é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto. Como decorrência disso, institui um sistema de responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitar, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento.

Enfim, o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*, entendida como "a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se

9. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 48.

declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político".¹⁰ Desdobrando esse conceito de Constituição, considerado por Canotilho como um conceito *ideal*, tem-se que ela deve ser entendida como: (1) uma norma jurídica fundamental plasmada num *documento escrito*; (2) uma declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia* e, finalmente, (3) um instrumento de organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

O constitucionalismo moderno, portanto, deve ser visto como uma aspiração a uma Constituição escrita, que assegurasse a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio das primeiras formas de Estado. Não é por acaso que as primeiras Constituições do mundo (exceto a norte-americana) trataram de oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento.

Nessa linha de raciocínio, de afirmar-se que o constitucionalismo, como esclarece Canotilho, apresenta-se como uma teoria formada por um conjunto de idéias, que exalta o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.¹¹ Quer dizer, qualifica-se como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, sendo temas centrais do constitucionalismo, portanto, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*.¹² Cuida-se de um movimento político e jurídico que visa a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.¹³

No plano político, confunde-se com o liberalismo e, com este, sua marcha no século XIX e nos primeiros três lustros do século XX, foi triunfal. Assim, ou pela derrubada dos tronos, ou pela outorga dos monarcas, todos os Estados europeus, um a um, exceto a Rússia, adotaram Constituição.¹⁴ A idéia e necessidade de Constituição ganhou força no liberalismo político e econômico, que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. No plano econômico, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não-intervenção

do Estado, enfim, o *laissez-faire*, que enseja a expansão do capitalismo. No plano político, o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes que Montesquieu teorizou no seu *Espírito das leis*.¹⁵ A dizer, a concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considera como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro lado, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica.¹⁶

Nas Américas, a independência em face às imposições coloniais impôs a adoção de constituições escritas, nas quais, rompendo a organização histórica, a vontade dos libertadores pudesse fixar as regras básicas da existência independente. Quer dizer, o constitucionalismo na América se identifica com o europeu, exceto pela peculiaridade de que, na América, a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava, sobretudo, no rompimento dos costumes, como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹⁷ Ainda segundo o ilustre autor,

"a idéia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na idéia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos pactos e nos forais ou cartas de franquias e contratos de colonização; de outro, nas doutrinas contratualistas medievais e na das leis fundamentais do Reino, formulada pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista".¹⁸

Assim, no constitucionalismo moderno, a Constituição deixa de ser concebida como simples aspiração política da liberdade para ser compreendida como um texto escrito e fundamental, elaborado para exercer dupla função: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*.

A primeira Guerra Mundial, contudo, embora não marque o fim do constitucionalismo, assinala uma profunda mudança em seu caráter. Assim, ao mesmo tempo em que gerava novos Estados, que adotaram, todos, Constituições escritas, o *após Primeira Grande Guerra* desassocia esse movimento do liberalismo. Os partidos socialistas e cristãos impõem às novas

10. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 48.

11. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 47.

12. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 51.

13. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 07.

14. Ibidem, mesma página.

15. Ibidem, mesma página.

16. PARODI, Alexandre. *La vie publique et le vie économique*, em *Encyclopédie*, t. 10.

17. Op. cit., p. 08.

18. Op. cit., p. 04.

Constituições uma preocupação com o econômico e com o social, fazendo com que essas Cartas Políticas inserissem em seus textos direitos de cunho econômico e social.¹⁹

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. A história, portanto, testemunha a passagem do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.

O Estado do Bem-Estar Social, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a estabelecer os seus fundamentos básicos, delimitando os seus contornos, o que teve início com a revolucionária Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracia liberal e de democracia social. Na Constituição atual, de 1988, esta assertiva está descortinada nos arts. 170 e 193, respectivamente.

Pois bem, a Constituição de 1988 ordena e sistematiza a atuação estatal interventiva para conformar a ordem socioeconômica. É o *arbitrio conformador*, a que se refere Forsthoff²⁰, pelo qual o Estado, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem jurídica, exerce uma ação modificadora de direitos e relações jurídicas dirigidas à totalidade, ou a uma parte considerável da ordem social.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder, permaneceu inquestionável entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa

19. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 08.

20. ERNST FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

Esse pensamento, que recebeu a sugestiva denominação de *neoconstitucionalismo*, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*.

Isso se deveu notadamente em razão do fracasso do Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista.

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência normativa.²¹

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica*²² a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da

21. LUIGI FERRAJOLI. "Pasado y Futuro Del Estado de Derecho". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 16, 2003.

22. Sem embargo, é forçoso reconhecer que, como anota Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo, seja em sua aplicação prática, como em sua dimensão teórica, é algo que está por vir. Não se trata, como afirma o autor, de uma teoria consolidada. "Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 11, 2003.

forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli, a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora da validade, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas²³.

Mas não é só. O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde).²⁴

O neoconstitucionalismo, portanto, – a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas – deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da *constitucionalização do Direito* a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

23. Op. cit., p. 18.

24. Nesse sentido, conferir BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas". In: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>, acesso em 25 de setembro de 2006.

Com a constitucionalização do Direito evidencia-se a posição de proeminência dos textos constitucionais, que passam a transitar por todos os setores da vida política e social em Estado. Na formulação conceitual de Guastini, a constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente *impregnada* pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.²⁵

O referido autor chega a apresentar uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia judicial da Constituição; 3) a força normativa da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição, e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Ademais, foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da *força normativa dos princípios*, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A emergência do *neoconstitucionalismo* logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão *normativo-axiológico* das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente *substancialista* preocupada com a realização dos valores constitucionais.

Em síntese perfeita, Luís Roberto Barroso apresenta a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo:

"o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX;

25. GUASTINI, Riccardo. "La 'Constitucionalización' del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 49, 2003.

(ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²⁶

Essa evolução de paradigma, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, tem propiciado o fortalecimento da posição, de há muito sustentada por nós, em defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais e do controle judicial das políticas públicas²⁷.

3.1. Patriotismo Constitucional

Essa paradigmática mudança de entender e aplicar o Direito, causada pelo neoconstitucionalismo, favoreceu o surgimento de um sentimento constitucional universal, baseado na lealdade e no respeito às Constituições. Tal quadro se destaca essencialmente naqueles Estados, cujos governos arbitrários foram responsáveis pelas maiores violações aos direitos humanos da história do século XX, como é o caso da Alemanha.

Efetivamente, na Alemanha, em razão de seu passado histórico comprometido pela existência de um nacionalismo exacerbado e xenófobo, que conduziu ao nazismo, buscou-se um novo modelo de identificação política capaz de superar aquele nacionalismo totalitário.

Assim, no final da década de 70, por ocasião da comemoração dos 30 anos da Constituição da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), o historiador Dolf Sternberger foi o primeiro a usar o termo *patriotismo constitucional* (Verfassungspatriotismus), como forma de oposição à noção tradicional de nacionalismo, visando a apresentar uma identificação do Estado Alemão com a ordem política e os princípios constitucionais. Todavia, foi com o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, nos anos 80, que o

patriotismo constitucional foi amplamente difundido no meio acadêmico e político. Segundo Habermas, o *patriotismo constitucional* produziu de forma reflexiva uma identidade política coletiva conciliada com uma perspectiva universalista comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito. Isto é, o patriotismo constitucional foi defendido como uma maneira de conformação de uma identidade coletiva baseada em compromissos com princípios constitucionais democráticos e liberais capazes de garantir a integração e assegurar a solidariedade, com o fim de superar o conhecido problema do nacionalismo étnico, que por muito tempo opôs culturas e povos²⁸.

Nesse contexto, a Constituição passa a desempenhar relevante papel na vida do cidadão e da sociedade, na medida em que os defensores do patriotismo constitucional apontam a Constituição, em face de seu poder aglutinante, como um elo que aproxima os cidadãos com base nos pressupostos de um Estado Democrático de Direito fundado nos Direitos humanos e na solidariedade social, por mais que pertencentes a grupos étnicos e culturais diversos. Abandona-se, pois, a ideia de nacionalismo, que tradicionalmente esteve vinculado a questões étnicas e culturais, para se adotar um patriotismo constitucional, associado aos fundamentos do *republicanismo*²⁹, que se reveste de um potencial inclusivo, cujo conceito propugna uma união entre os cidadãos, por mais que diferentes étnica e culturalmente, através do respeito aos valores plurais do Estado Democrático de Direito.

É claro que os aspectos étnicos e culturais continuam importantes para identificar uma comunidade; porém, não podem mais ser levados em consideração para identificar uma forma de união e conciliação entre os cidadãos, notadamente nas sociedades plurais, nas quais a divergência e a diferença são marcas predominantes. Assim, a identidade coletiva não pode mais se dar com fundamento na homogeneidade cultural, mas na convivência sob os mesmos valores do Estado Democrático de Direito, situação que permite

26. BARROSO, Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 123.

27. Conferir, a propósito, o que escrevemos em: 'Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais'. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 71-112, 2007; 'A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, pp. 395-441, 2007.

28. HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998. Para uma análise mais aprofundada do tema, conferir: CENCI, Elve Miguel, *Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídica brasileira*. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 10, p. 121-133, 2006; CITTADINO, Gisele, *Patriotismo constitucional, cultura e história*. Direito, Estado e Sociedade, n.31 p. 58 a 68 jul/dez 2007. ARROYO, Juan Carlos Velasco. *Patriotismo constitucional y republicanismo. Claves de razón practica*, nº 125, 2002,), pp. 33-40; CAVALCANTI, Antonio Maia. *A ideia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira*. In: *Habermas em discussão. Anais do Colóquio Habermas*. PINZANI; Alessandro; DUTRA, Delamar J. V. (Org.). Florianópolis: NEFIPO, 2005.

29. A noção de patriotismo constitucional está intimamente ligada à tradição política do *republicanismo*, na medida em que defende uma concepção de cidadania participativa, definida pela adesão aos valores comuns de caráter democrático, que busca a realização do bem comum. Nesse sentido, conferir ARROYO, Juan Carlos Velasco. *Patriotismo constitucional y republicanismo. Claves de razón practica*, nº 125, 2002,), pp. 33-40.

uma coexistência das múltiplas formas de cultura, o que caracteriza o multiculturalismo.

O patriotismo constitucional, portanto, busca o reconhecimento de um *constitucionalismo intercultural*, que deve reconhecer a diversidade de culturas e promover a conciliação entre todas as práticas culturais.

3.2. Transconstitucionalismo

Empolgado pelo neoconstitucionalismo, o novo Direito Constitucional, cujas bases teóricas ainda estão em construção, tem revelado situações-problemas que não podem ser solucionadas pelo Direito Constitucional clássico ou moderno.

Com efeito, como se sabe, os problemas centrais do constitucionalismo moderno sempre foram o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos, de um lado; e o controle e a limitação do poder, de outro. Sucede, porém, que na contemporaneidade, em razão da maior integração da sociedade mundial, estes problemas deixam de ser tratados apenas no âmbito dos respectivos Estados e passam a ser discutidos e objeto da preocupação entre diversas ordens jurídicas, inclusive não estatais, que muitas vezes são chamadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica, como propõe, com muita propriedade, Marcelo Neves³⁰, uma *relação transversal permanente* entre as distintas ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às *questões transconstitucionais*, que são aquelas, segundo Neves, que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas e que podem envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais) na busca de sua solução. Nesse sentido, o Direito Constitucional ultrapassa as fronteiras dos Estados respectivos e torna-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas estatais e até não estatais. Desse modo, é inevitável o fenômeno da *globalização do Direito Constitucional*, que não propugna uma Constituição global ou internacional, mas propõe uma *globalização do Direito Constitucional doméstico*.

Marcelo Neves explica que o conceito de transconstitucionalismo não tem nada a ver com o conceito de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito está relacionado à existência de problemas jurídico-constitucionais que perpassam às distintas

ordens jurídicas, sendo comuns a todas elas, como, por exemplo, os problemas associados aos direitos humanos. Neste caso, impõe-se um *diálogo* entre estas distintas ordens jurídicas a fim de que os problemas que lhes são comuns tenham um tratamento harmonioso e reciprocamente adequado.

Essa *interlocução* pode ocorrer das mais variadas formas. É possível que ela decorra da vinculação das ordens jurídicas estatais às decisões das ordens jurídicas internacionais, como, por exemplo, a sujeição do Brasil às decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em razão da adesão do Estado brasileiro às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); é possível, outrossim, que essa *conversação* se desenvolva a partir do respeito e consideração espontânea e mútua entre as diversas ordens jurídicas (estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais), como pode se verificar, por exemplo, quando um Tribunal estatal considera, sem estar obrigado a tanto, a decisão de outro Tribunal estatal ou internacional ou supranacional ou transnacional, e vice versa.

Não há dúvida a respeito da importância do transconstitucionalismo para a sociedade e para o cidadão. É significativamente proveitoso para todos que as *questões transconstitucionais*, como os direitos humanos, por exemplo, sejam tratadas de forma convergente e harmoniosa pelas diferentes ordens jurídicas. Por isso mesmo, Marcelo Neves propõe um permanente diálogo sobre questões constitucionais comuns que afetam ao mesmo tempo distintas ordens jurídicas³¹.

30. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. O autor cita, entre quase uma centena de exemplos, o caso de Caroline de Mônaco julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. A Corte concluiu que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. "Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa. Como, então, resolver essa questão se não houver uma pretensão de diálogo, de aprendizado recíproco? Ou seja, é preciso haver uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra".

30. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

CAPÍTULO II

DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. Origem, conceito e natureza do Direito Constitucional – 2. Objeto do Direito Constitucional – 3. Espécies ou Divisão do Direito Constitucional: 3.1. Direito Constitucional Especial, Positivo ou Particular; 3.2. Direito Constitucional Comparado; 3.3. Direito Constitucional Geral – 4. Relações do Direito Constitucional com outros ramos do Direito – 5. Relações do Direito Constitucional com disciplinas afins de caráter não-jurídico – 6. Fontes do Direito Constitucional.

1. ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A *origem* do Direito Constitucional está intimamente ligada ao triunfo político das revoluções liberais do século XVIII (a americana e a francesa), cujo propósito maior que as animou era a *limitação do poder* mediante a consagração de um sistema de separação das funções estatais (atribuídas a órgãos distintos do Poder que passariam a se controlar mutuamente) e de uma declaração de direitos¹.

Com a vitória das revoluções democráticas abriu-se a oportunidade do surgimento das Constituições escritas, das quais a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791 despontaram como os primeiros paradigmas de documentos escritos e solenes. Vem à tona, assim, a referência ao Direito Constitucional como o *Direito das Constituições modernas*, cujo objetivo maior foi de estudar, organizar e fundamentar um sistema de coexistência e convívio harmônico entre o Estado e os indivíduos, sendo digno de nota o episódio histórico, ocorrido em 26 de setembro de 1791, quando a Assembléia Nacional Constituinte da França decidiu que as Faculdades de Direito seriam obrigadas a ensinar a Constituição francesa aos jovens estudantes. Não menos importante, outrossim, para o aparecimento do Direito Constitucional como a disciplina jurídica das Constituições, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, produzida pela Revolução Francesa, que em seu artigo 16 assim dispôs: “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

1. Cumpre esclarecer, com WILSON ACCIOLI, que a fixação desse marco temporal não significa que os antigos tivessem se abstraído das questões relativas à organização constitucional do Estado da época, mas importa apenas na consideração do Direito Constitucional como ciência jurídica autônoma no nosso tempo (*Instituições de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 01).

Contudo, as primeiras cadeiras de Direito Constitucional foram criadas, sob marcada e direta influência da Revolução Francesa, ao norte da Itália, inicialmente em Ferrara, em 1797, onde assumiu Giuseppe Compagnoni Di Luzo, seu primeiro titular. Posteriormente, já em 1798, surgem nas Universidades de Pádua e Bolonha.

Na França, a cadeira de Direito Constitucional foi criada com um certo atraso, e mesmo assim somente sendo possível após a queda dos Bourbons, com a consolidação política da Monarquia liberal de Luís Filipe. Foi em 1834, por influência de Guizot, então ministro da Instrução Pública do Rei Luís Filipe, que foi criada a primeira cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris, cuja titularidade coube ao publicista italiano Pelegrino Rossi, autor do conhecido livro *Cours de Droit Constitutionnel* (02 volumes).

No Brasil, depois de diversas tentativas frustradas, o Direito Constitucional finalmente foi criado, como cadeira autônoma, sob a imposição do Decreto-lei nº 2.639, de 27 de setembro de 1940.

Mas o que importa saber, para a fixação do marco temporal do Direito Constitucional como disciplina jurídica autônoma, é a sua estreita vinculação com os movimentos políticos que puseram termo ao Estado absoluto e abriram caminho para a implantação de um novo modelo de organização política, fundada na limitação constitucional do exercício do poder e na proteção das liberdades públicas.

O conceito de Direito Constitucional certamente está vinculado à sua origem. Se é certo que o Direito Constitucional surgiu com o fim de servir de *disciplina jurídica das Constituições modernas*, com a pretensão de estudar as normas e instituições fundamentais associadas ao Texto Magno, concebido como o Estatuto Supremo comprometido com a organização de um novo modelo de Estado, ajustado com os propósitos de legitimação do poder e garantia das liberdades fundamentais, o seu conceito, deveras, há refletir tudo isso.

Contudo, chamo a atenção para o fato de que o Direito Constitucional não pode ser definido, simplesmente, como o ramo do direito que estuda as normas contidas na Constituição. O Direito Constitucional é mais do que isso! Nesse sentido, são absolutamente pertinentes as observações de Maurice Duverger, para quem “definir o Direito Constitucional como a parte do direito que estuda as regras contidas na Constituição não é senão parcialmente verdadeiro. É certo que a Lei Básica de um país forma geralmente o objeto principal de seu Direito Constitucional. Mas não se erige em seu escopo exclusivo. Primeiramente, em certos países, a Constituição propriamente dita se reduz a algumas coisas: costumes, práticas, tradições completam e sobrelevam amplamente os textos escritos, como no caso da Grã-Bretanha;

o Direito Constitucional não poderia limitar-se apenas ao seu exame. Mesmo nos países em que a Constituição escrita contém o essencial das normas concernentes à estrutura do Estado e à organização do governo, muitas destas normas não são por ela estabelecidas – são encontradas nas leis ordinárias, nos regulamentos, nas resoluções das assembleias e também nos usos e costumes: o Direito Constitucional desborda largamente o de Constituição”². Para a mesma direção também apontam as lições de Wilson Accioli: “Evidentemente, não se pode, no mundo atual, definir o Direito Constitucional como o ramo do direito público que estuda as regras contidas no Texto Básico, simplesmente. Há, sem dúvida, outros aspectos a considerar, como é o caso da consagração e do relevo crescentes adquiridos pelas denominadas *instituições políticas*”³.

Assim, cumpre deixar claro que o Direito Constitucional, mais do que um ramo que se dedica ao estudo da Constituição, é uma importante parcela da ciência jurídica que se preocupa com a análise e a sistematização das normas e instituições fundamentais de um Estado. Vejamos, abaixo, algumas definições de destacados autores que sugerem esses elementos explicativos do Direito Constitucional.

Para Duguit, “ao direito público *externo* se opõe o direito público *interno*, compreendendo todas as regras que se aplicam a um determinado Estado. Uma primeira parte do direito público interno grupa as normas de direito que se aplicam ao próprio Estado, que fixam as obrigações que lhe são impostas, os poderes dos quais é o titular, bem como sua organização interna. Esta primeira parte do direito público interno é designada freqüentemente *Direito Constitucional*”⁴.

Sem destoar do conceito acima, Pietro Virga concebe o Direito Constitucional como um conjunto de “normas que determinam a estrutura do Estado, disciplinam a composição e o funcionamento dos órgãos constitucionais e fixam os principais esteios do regime político do Estado”⁵.

Jorge Miranda o vê como “a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo

2. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 9ª ed, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, p. 04.

3. *Instituições de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 07.

4. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 3ª ed., Fontemoing & Cie., Éditeurs, Paris, 1918, p. 38.

5. *Diritto Costituzionale*. 5ª ed., Edizioni Universitarie, Palermo, 1961, p. 14.

tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza".⁶

Pinto Ferreira o define como "a ciência positiva das Constituições. Ele estuda os princípios básicos, que presidem à 'regulação técnica' das instituições políticas, jurídicas e sociais dos sistemas constitucionais. Nesse sentido, as suas normas têm um conteúdo humano, posto que ambicionam o elevado propósito de garantir à comunidade uma paisagem de segurança social e econômica, mediante a descoberta dos primeiros teoremas da geometria política".⁷

E, para não sobrecarregar o texto com a citação excessiva de definições, fiquemos com o último conceito, da pena de José Afonso Da Silva, para quem o Direito Constitucional é "o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado"⁸.

Para nós, o Direito Constitucional é o *ramo fundamental do Direito que investiga, estuda e sistematiza as normas e instituições que dispõem sobre as bases e elementos fundamentais do Estado, determinando sua estrutura, organização e seus fins, a composição e o funcionamento de seus órgãos superiores, disciplinando o modo de aquisição e ascensão ao poder e os limites de sua atuação, assim como os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade*. Tem por objeto o conhecimento sistematizado das Constituições e das instituições políticas de um Estado, e por isso mesmo representa o Direito Supremo do Estado, o tronco do sistema jurídico do qual derivam e se desenvolvem todos os ramos do Direito positivo, que nele encontram, na célebre expressão de Pellegrino Rossi, as *têtes de chapitre*. Nesse sentido, o Direito Constitucional destaca-se como um Superdireito, não só porque provém, como direito positivo, do Poder Constituinte, mas também porque domina todos os ramos do Direito submetendo-os a seus princípios, estabelecendo os seus fundamentos e condicionando a sua interpretação, aplicação e validade. Enfim, numa última análise, é a fonte maior de legitimação de todo o Direito na medida em que funciona como a pedra angular de toda ordem jurídica, assemelhando-se a um grande rio, na feliz comparação de Wilson Accioli⁹, para o qual vão convergindo seus inúmeros afluentes.

6. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra Editora, Tomo I, 1997, p.13
 7. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo I, p. 43.
 8. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 36.
 9. *Op. Cit*, p. 08.

Na clássica divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado, o Direito Constitucional integra o domínio do Direito Público, ostentando a *natureza de ramo do Direito Público*, mas que se distingue dos demais ramos deste mesmo setor "pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios peculiares que o informam".¹⁰

2. OBJETO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional tem por objeto o *conhecimento científico e sistematizado da organização fundamental do Estado*, através da investigação e estudo dos princípios e regras constitucionais atinentes à forma do Estado, à forma e ao sistema de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, à composição e funcionamento de seus órgãos, aos limites de sua atuação e aos direitos e garantias fundamentais.

Em suma, constitui objeto do Direito Constitucional o conhecimento e estudo científico e sistematizado das normas e instituições que definem a Constituição do Estado.

3. ESPÉCIES OU DIVISÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A doutrina costuma distinguir ou dividir o Direito Constitucional, relativamente ao seu *conteúdo científico*, em três partes ou espécies, a saber: 1) Direito Constitucional Especial, Positivo ou Particular; 2) Direito Constitucional Comparado e 3) Direito Constitucional Geral.

3.1. Direito Constitucional Especial, Positivo ou Particular

Cuida-se do Direito Constitucional de um determinado Estado, que tem por objeto o estudo e conhecimento de sua Constituição em vigor. É Direito Constitucional de uma só Constituição, que se preocupa em expor, examinar, interpretar e sistematizar os princípios e as regras constitucionais vigentes em um dado Estado. Assim, temos o Direito Constitucional brasileiro, o Direito Constitucional americano, o Direito Constitucional alemão, o Direito Constitucional francês, em consonância com as respectivas Constituições em vigor.

3.2. Direito Constitucional Comparado

Trata-se do Direito Constitucional que se ocupa com o estudo teórico das normas constitucionais positivas, mas não obrigatoriamente vigentes,

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 36.

de vários Estados, ou do mesmo Estado em épocas diferentes, objetivando realçar as peculiaridades, os contrastes e as semelhanças entre elas. Não é o Direito Constitucional de uma só Constituição, mas de uma pluralidade de Constituições.

Na verdade, funciona como um *método* que *descreve* as ordens constitucionais distintas de Estados diversos ou do mesmo Estado, cotejando e confrontando as suas normas e instituições fundamentais.

O Direito Constitucional Comparado pode se valer de critérios variáveis. Um desses critérios consiste em comparar no *tempo* as Constituições de um mesmo Estado, visando aferir as semelhanças e dessemelhanças entre as normas constitucionais e instituições neste Estado (Exemplo: estudo comparado das Constituições brasileiras de 1967 e 1988). Outro critério consiste em confrontar no *espaço* as Constituições de Estados diferentes. Apesar de ambos os critérios servirem ao trabalho do Direito Constitucional Comparado, o mais utilizado vem sendo o critério espacial, que vem se revelando muito proveitoso, tendo em vista que possibilita a análise da organização política e do funcionamento das instituições de Estados diferentes, contribuindo no mais das vezes para a compreensão geral acerca do melhor modelo de Estado.

3.3. Direito Constitucional Geral

O Direito Constitucional Geral corresponde a uma verdadeira *Teoria Geral do Direito Constitucional*, que tem por objeto a identificação e sistematização, numa perspectiva unitária, dos princípios, conceitos e instituições comuns a diversos ordenamentos constitucionais e que se acham presentes em várias Constituições de Estados distintos, que revelam características equivalentes ou similares.

Para Santi Romano, o Direito Constitucional Geral é aquela disciplina que, tendo por base o Direito Constitucional Comparado, “delineia uma série de princípios, conceitos, instituições, que se encontram nos vários direitos positivos, para classificá-los e sistematizá-los numa visão unitária”. Ou seja, continua o grande publicista, “o direito constitucional geral extrai de cada uma das constituições, para reuni-las em categorias típicas, conceitos, figuras, princípios jurídicos que, se não absolutos e universais, são ao menos relativamente constantes e, por consequência, gerais e, neste sentido, comuns a um conjunto mais ou menos vasto de constituições tendo caracteres essenciais idênticos ou muito semelhantes.”¹¹

11. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, trad. Maria Helena Diniz, pgs. 16-17.

Constitui tarefa do Direito Constitucional Geral fixar o próprio conceito de Direito Constitucional, suas relações com outras disciplinas e suas fontes; esboçar uma teoria da Constituição; dispor sobre a teoria do Poder Constituinte; sistematizar uma hermenêutica constitucional; acompanhar a evolução do constitucionalismo, entre outras.

Para concluir esta parte, colhe-se de Manuel García-Pelajo a seguinte distinção entre o Direito Constitucional Geral e o Direito Constitucional Comparado: “o que diferencia o Direito constitucional geral do Direito constitucional comparado é que, enquanto este se interessa pelos grupos jurídico-constitucionais em sua singularidade e contraste frente a outros grupos, o primeiro se preocupa somente com as notas gerais e comuns”¹² a esses grupos.

Nada obstante se falar em “espécies” ou “divisões” do Direito Constitucional, é inegável que o Direito Constitucional Especial, o Direito Constitucional Comparado e o Direito Constitucional Geral se entrecruzam e se comunicam, numa relação mútua de auxílio. Desse modo, o Direito Constitucional Geral, ao expor, sistematizar e unificar os princípios, conceitos e instituições comuns a diversos ordenamentos constitucionais, pode contribuir significativamente para o amadurecimento, correção, adaptação ou até mesmo alteração do Direito Constitucional Especial de determinado Estado, assim como o Direito Constitucional Comparado, ao examinar as diferentes Constituições em confronto, pode subsidiar o Direito Constitucional Geral ou vice-versa.

Marcelo Neves trabalha com o conceito de *transconstitucionalismo*, que pode contribuir para o estudo da divisão ou espécies do Direito Constitucional. Com efeito, para o autor o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional, como os associados aos direitos fundamentais, que são discutidos e decididos ao mesmo tempo por tribunais de países diversos. Assim, o fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que ele chama de transconstitucionalismo. Propõe o autor um diálogo sobre questões constitucionais comuns que afetam ao mesmo tempo distintas ordens jurídicas¹³.

12. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 22.

13. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. O autor cita, entre quase uma centena de exemplos, o caso de Caroline de Mônaco julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. A Corte concluiu que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos

4. RELAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Como de há muito sublinhou Santi Romano¹⁴, o Direito Constitucional afigura-se como a mais importante esfera da ordem jurídica que está em maior, mais contínua e geral conexão com todos os demais ramos do Direito, coordenando-os e assegurando a indissolúvel unidade da ordenação. Mais do que um ramo do Direito, o Direito Constitucional consiste no *começo* de todo o Direito, o próprio *tronco comum* ao qual se prendem e do qual também derivam os vários domínios da ordenação jurídica do Estado, de modo que cada um destes ramos o pressupõe, sendo gerados e amparados por ele, que contém o germen de suas normas e instituições.

O Direito Constitucional, assim, representa o Direito Supremo do Estado, o tronco do sistema jurídico do qual derivam e se desenvolvem todos os ramos do Direito positivo, que nele encontram os seus princípios fundamentais. Nesse sentido, o Direito Constitucional desempenha uma função primordial no sistema jurídico, que é manter a *unidade substancial* de todo o Direito, seja público ou privado, fornecendo os fundamentos e as bases de compreensão de todos os seus ramos, com os quais se relaciona. E é inegável que o Direito Constitucional, como centro e fonte de todo o sistema jurídico, mantém relação com todos os ramos do Direito, com eles interagindo, e, mais do que isso, submetendo-os a um processo de *constitucionalização* ou de *filtragem constitucional*, quer por que os mais importantes princípios e regras específicas dos diversos domínios da ciência jurídica estão dispostos na Constituição, quer por que aqueles princípios e aquelas regras passaram a se sujeitar a uma releitura ou reinterpretção sob uma perspectiva constitucional.

Entre os principais ramos com os quais mantém intensa e permanente relação, podemos destacar os seguintes:

a) O Direito Constitucional e o Direito Administrativo

Entre todos os ramos do Direito, o Direito Administrativo¹⁵ talvez seja aquele que maior influência recebe do Direito Constitucional, ao ponto de al-

tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. "Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa. Como, então, resolver essa questão se não houver uma pretensão de diálogo, de aprendizado recíproco? Ou seja, é preciso haver uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra".

14. Op. Cit., p. 10.

15. Para uma leitura do Direito Administrativo numa perspectiva constitucional, vide: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.

guns autores chegarem a qualificar o Direito Administrativo como uma parte do Direito Constitucional que concebe o Estado no seu aspecto *dinâmico e funcional*, dispondo da organização interna da Administração, de seu pessoal e de seus serviços, enquanto o Direito Constitucional, sem o Direito Administrativo, cuida do Estado na sua parte *estrutural e estática*, tratando das instituições políticas do governo¹⁶.

Como se sabe, o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público que consiste num *conjunto articulado e harmônico de normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras)* que atuam na disciplina da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, de seu pessoal e serviços, regulando uma das funções desenvolvidas pelo Estado: a função administrativa. Tem por objeto específico, portanto, a *Administração Pública e o desempenho das funções administrativas*¹⁷, mantendo, por isso mesmo, uma íntima conexão com o Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo compreende um conjunto de normas – muitas das quais ditadas pela Constituição – que delimitam a atuação e o funcionamento do Estado-administração, que se organiza para desempenhar as atividades administrativas consistentes em realizar *concreta, direta e imediatamente* os fins que lhe são constitucionalmente atribuídos, provendo os interesses da coletividade.

É exatamente o Direito Constitucional que disponibiliza ao Direito Administrativo os princípios gerais e os fundamentos da organização da Administração Pública, bem assim as regras básicas para a elaboração dos regimes funcionais dos agentes administrativos.

A Constituição Federal de 1988 reservou, no título III de seu texto (Da Organização do Estado), um capítulo inteiro para dispor sobre a Administração

Curso de Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2 v, 1979; BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007; MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, V. 01, 2007; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

16. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 39, 2002.

17. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 02.

Pública (capítulo VII). Nesse capítulo, há normas explícitas e implícitas sobre os princípios constitucionais da Administração Pública (Seção I, arts. 37 e 38) e as regras constitucionais sobre os seus servidores (Seção II, arts. 39 a 41).

De fato, determina o art. 37, *caput*, da Constituição, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá* aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros princípios e regras que esse mesmo preceito arrola. Ademais, a Constituição dispõe de regras de acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, incisos I e II); prazo de validade de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos (art. 37, incisos III e IV); sindicalização e greve dos servidores públicos (art. 37, incisos VI e VII); contratação de servidores temporários (art. 37, inciso IX); fixação, alteração e revisão da remuneração e do subsídio (art. 37, inciso X); teto remuneratório (art. 37, inciso XI); irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos (art. 37, inciso XV); vedação da acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, incisos XVI e XVII); criação de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública (art. 37, inciso XIX); licitação (art. 37, inciso XXI); improbidade administrativa (art. 37, § 4º); responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º); servidor público no exercício de mandato eletivo (art. 38); extensão de direitos trabalhistas aos servidores públicos (art. 39, § 3º); definição dos subsídios (art. 39, § 4º); regime próprio de previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos (art. 40); estabilidade e perda do cargo do servidor estável (art. 41).

A partir do novo *regime jurídico-administrativo*, com o molde que lhe deu a Constituição, velhos paradigmas conhecidos no Direito Administrativo sofreram profundas alterações nestas últimas décadas, visando privilegiar os direitos fundamentais do administrado, cumprindo mencionar os seguintes:

i) A *reconstrução* do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, chamando a atenção para o fato de que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado somente podem ser manejadas legitimamente para o alcance dos *interesses públicos primários*, únicos que verdadeiramente gozam de supremacia, porém jamais para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal (*interesses secundários*), e muito menos dos agentes governantes. Ademais, cumpre acentuar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais. Ora, se o interesse público resulta da soma “dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias

aspirações”¹⁸, é inegável que a supremacia do interesse público avulta como condição de garantia dos próprios direitos fundamentais.

ii) A possibilidade do *controle judicial do mérito administrativo*, rompendo com a tradicional resistência que dominou todo o período de ditadura militar, que limitava o controle judicial apenas aos aspectos da legalidade do ato da Administração (competência, finalidade e forma, que são elementos sempre *vinculados* em todo ato administrativo), afastando qualquer investigação sobre o seu mérito (conveniência e oportunidade, juízos de valor associados ao motivo e objeto do ato), próprio dos atos discricionários.

Todavia, todo e qualquer ato administrativo, seja emanado de competência discricionária ou vinculada, pode ser analisado pelo Judiciário em qualquer de seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), haja vista que sempre há um limite à liberdade da Administração Pública, que é demarcada pelo próprio Direito. O que não se admite é o Judiciário imiscuir-se nos espaços considerados como puramente mérito administrativo, para fazer sobrepor a sua avaliação subjetiva sobre a conveniência e oportunidade do ato, substituindo-se à Administração. É inegável que no sistema jurídico-constitucional moderno, no qual os direitos fundamentais assumem a dupla dimensão subjetiva-objetiva, no sentido de que, além de conferirem ao indivíduo posições jurídicas subjetivas de vantagem invocáveis perante o Estado e o particular, também apresentam-se como parâmetros objetivos de legitimação e limitação do exercício das competências políticas e administrativas, a idéia de mérito administrativo deve ser entendida associada à idéia de controle de *legitimidade* dos atos da Administração Pública. Daí sugerirmos a distinção entre *mérito administrativo*, controlável judicialmente em face dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais como a razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade, por exemplo, e o *puro mérito administrativo*, insindicável judicialmente, por referir-se a aspectos exclusivamente subjetivos ligados à conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Destacando a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo, é interessante conferir o acórdão abaixo, exarado pelo STJ, no Resp 429570/GO, 2ª Turma, Relatora eminente Ministra Eliana Calmon, publicada no DJ de 22.03.2004, p. 277:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

18. BORGES, Alice Gonzalez. ‘Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?’. In: *Revista Gestão Pública e Controle*. Tribunal de Contas da Bahia, p. 51, p. 27-56, v.1, n. 2, ago./2006.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.¹⁹

Assim, não há discricionariedade absoluta. O espaço legítimo de descrição é aquele em que, dentro de um plano de razoabilidade, mais de uma opção seja igualmente válida. Destarte, não se nega que possa haver algum espaço de descrição ou liberdade administrativa, mas, por certo, é um espaço modesto cuja extensão pode e deve ser examinada pelo Judiciário, sob pena deste Poder demitir-se de suas funções e, pois, de seus deveres.

Em suma, cumpre sublinhar, a título de arremate, que a própria liberdade da Administração Pública, fundada no poder discricionário, pode ser confrontada judicialmente em face dos princípios constitucionais que condicionam a legitimidade de toda a atuação da Administração. Assim, conclui-se

19. Em seu bem fundamentado voto, a eminente Ministra ressaltou: "No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento. A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública."

que é meramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda se opõe ao controle judicial do mérito administrativo, fruto de um ranço autoritário, compreensível em sociedades nas quais a consciência cívica é incipiente.

iii) A *vinculação* do agente administrativo à Constituição, superando a idéia de que o administrador só está vinculado à lei. Deveras, com a *constitucionalização do Direito Administrativo*, a Administração e seus agentes estão subordinados, nessa seqüência, à Constituição e às leis. Na eventual hipótese de confronto entre os dois atos normativos, a opção do administrador, sem dúvida, deve recair na Constituição, com o afastamento da lei eivada do vício da inconstitucionalidade.

b) O Direito Constitucional e o Direito Penal

É inegável, outrossim, a grande interferência que o Direito Constitucional exerce sobre o Direito Penal, fixando os fundamentos e os limites da pretensão punitiva do Estado e garantindo o sagrado direito de defesa do acusado.

O Direito Penal sempre foi considerado como o ramo do Direito Público que tem por escopo a determinação de infrações de natureza penal e suas correspondentes sanções, ou, na dicção de Mezger, como "o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência"²⁰. No mesmo sentido, Magalhães Noronha o definia como "o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica".²¹

Contudo, hodiernamente, para dar uma noção precisa de Direito Penal – alertava Frederico Marques²² – é necessário que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena, para se fixar as taxativas hipóteses de sua aplicação e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

O fundamental é que se enfatize que o objeto do Direito Penal não se circunscreve ao estudo do crime e das penas. É muito mais amplo, para nele incluir também o *direito constitucional das liberdades*. Assim, podemos afirmar que, numa perspectiva constitucional, o Direito Penal é *um ramo do Direito Público que encontra fundamento na Constituição, consistente num*

20. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Rer. de Der. Priv., Madrid, 2ª edição, Vol. 1, 1946, pp. 27/28.

21. NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. Saraiva, SP, 15ª edição, Vol. 1, 1978, p. 12.

22. MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. Saraiva, SP, 1954, p. 11.

complexo de normas – princípios e regras – que delimitam as excepcionais e taxativas hipóteses sobre as quais deve incidir o poder de punir do Estado em face da regra de proteção constitucional das liberdades individuais. A dizer, nunca devemos olvidar que, entre nós, a ação estatal de punir excepciona os princípios constitucionais que tutelam as liberdades públicas.

Daí ser necessário enfocar o estudo do Direito Penal a partir da Constituição, que define um catálogo de direitos e garantias fundamentais como efetivos limites à atuação estatal punitiva. Noutro sentido, pode-se afirmar que é a própria Constituição que, embora implicitamente, revela o conceito e os contornos do Direito Penal brasileiro, razão por que cresce, hodiernamente, uma tendência de substituir a terminologia Direito Penal pela de *Direito Penal Constitucional*.

Assim, o Direito Penal moderno assenta-se em cânones constitucionais garantidores do direito de liberdade perante o poder punitivo estatal. Tais são os princípios constitucionais penais, limitadores do poder de punir do Estado, insertos, explícita ou implicitamente, na Carta Magna (art. 5º), que têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, calcado em um Direito Penal da culpabilidade.

Registre-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 veda a criação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII); reconhece a instituição do júri, assegurando, em seu âmbito, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII); prevê a garantia da legalidade e da anterioridade penais, dispondo que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX); assegura que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, inciso XL); que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI); que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, inciso XLII); que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, inciso XLIII); que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV); que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do

valor do patrimônio transferido (art. 5º, inciso XLV); que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, inciso XLVI); que não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis (art. 5º, inciso XLVII); que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII); que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX); que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inciso L); que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (art. 5º, inciso LI); que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, inciso LII); que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, inciso LIII); que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV); que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV); que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI); que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII); que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, inciso LVIII); que será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (art. 5º, inciso LIX); que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, inciso LX); que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, inciso LXI); que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, inciso LXII); que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, inciso LXIII); que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, inciso LXIV); que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, inciso LXV); que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a

liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, inciso LXVI); que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII); que será concedido “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII); que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, inciso LXXV); que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º); que é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, § 3º, inciso IV).

c) O Direito Constitucional e o Direito Processual

O Direito Constitucional mantém uma relação muito íntima com o Direito Processual Civil²³ e Penal, na medida em que garante o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV); o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV); a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI); o mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, incisos LXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI); o “habeas-data” (art. 5º, inciso LXXII); a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII); a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV); a razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII).

A Constituição Federal ainda dispõe sobre um *processo constitucional*, regulando a ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, “a”); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), além de prever os efeitos das decisões nestas ações diretas (art. 102, § 2º) e a sua legitimidade ativa *ad causam* (art. 103).

d) O Direito Constitucional e o Direito do Trabalho

É muito forte também o grau de intervenção do Direito Constitucional sobre o Direito do Trabalho²⁴, situação que solta aos olhos quando se observa

23. Conferir, a propósito, a excelente e completa obra de DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 04 v, 2007. Vide também: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (Org). *Constituição e Processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007; e DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

24. Na literatura trabalhista, cumpre destacar as magníficas obras: RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007; e CAIRO JR., José. *Curso de Direito do*

que é a Constituição que prevê os mais importantes direitos sociais do empregado.

Na Constituição Federal de 1988, há normas que asseguram aos trabalhadores urbanos e rurais, os seguintes *direitos*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I); seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, inciso II); fundo de garantia do tempo de serviço (art. 7º, inciso III); salário mínimo, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família (art. 7º, inciso IV); piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, inciso V); irredutibilidade do salário (art. 7º, inciso VI); garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, inciso VII); décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria (art. 7º, inciso VIII); remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º, inciso IX); proteção do salário, constituindo crime sua retenção dolosa (art. 7º, inciso X); participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração (art. 7º, inciso XI); salário-família (art. 7º, inciso XII); duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7º, inciso XIII); jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, inciso XIV); repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (art. 7º, inciso XV); remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7º, inciso XVI); gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, inciso XVII); licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, inciso XVIII); licença-paternidade (art. 7º, inciso XIX); proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, inciso XX); aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias (art. 7º, inciso XXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII); adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, inciso XXIII); aposentadoria (art. 7º, inciso XXIV); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, inciso XXV); reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI); proteção em face da automação (art. 7º, inciso XXVII); seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização

Trabalho. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, inciso XXVIII); ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, inciso XXIX); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, inciso XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, inciso XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, inciso XXXII); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, inciso XXXIII); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, inciso XXXIV); liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); direito de greve (art. 9º); participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10).

e) O Direito Constitucional e o Direito Civil

A relação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil²⁵ sofreu intensa modificação nos últimos dois séculos, passando da separação absoluta à íntima convivência.

Num primeiro momento, o Direito Constitucional se limitava a estudar e sistematizar as estruturas políticas do Estado, enquanto pertencia ao Direito Civil a regência das relações privadas, situação que tornava estas duas disciplinas distantes e incomunicáveis.

Numa segunda etapa, tendo em vista a maior presença do Estado no âmbito das relações sociais e econômicas, reivindicada pelo constitucionalismo social, dá-se início a um processo natural de *publicização* do Direito Privado, com o Estado limitando a autonomia privada e conduzindo, com normas de ordem pública, as relações negociais, caracterizando a fase do *dirigismo contratual*.

Finalmente, a partir da segunda metade do século XX, e no Brasil particularmente com o advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno

25. Vide os obras de: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; e GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 04 v.

da *Constitucionalização do Direito Civil*,²⁶ com a sujeição de suas normas e institutos aos princípios e regras constitucionais. De fato, valores constitucionais como *dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial* marcam decisivamente a mudança do Direito Civil contemporâneo, outrora de base patrimonial, para fincar as suas raízes no terreno do humanismo, provocando uma *despatrimonialização* deste ramo do Direito, o que inevitavelmente levará à sua *repersonalização*, exigindo-se de todos uma releitura do Direito Civil a partir das lentes da Constituição e em consonância com os valores humanos.

Esse fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil* tem gerado, como importante consequência, a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*, tema que atualmente vem ocupando um grande espaço na doutrina, onde é examinado normalmente com a designação de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Drittwirkung)*, para esclarecer que os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular, o que reduz em demasia o campo da autonomia privada.

A Constituição de 1988 logrou superar paradigmas tradicionais do Direito Civil, como assegurando a igualdade entre os homens e as mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I) e pondo fim a superioridade no marido no casamento, de modo que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º). Ademais, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), sinalizando para a proteção das uniões homoafetivas. Outrossim, garante a igualdade dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, em direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º), além de consagrar, ineditamente, a *paternidade sócioafetiva*, "que é incentivada pela própria Carta Magna, na medida em que esta elegeu, como princípio fundamental, ou princípio dos princípios, a dignidade da pessoa humana, da qual se extrai o *direito de ser feliz*, que envolve, inegavelmente, as relações afetivas", provocando uma "mudança do paradigma de família, o qual antes tinha como base o elemento genético ou biológico, passando a ter como fundamento e base o *primado da afetividade*, sendo, portanto, a

26. Conferir, a propósito do tema, a bela obra de FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, em especial a partir da p. 20.

verdadeira paternidade aquela resultante da relação *de fato e de afeto*, e não mais a de origem puramente biológica”²⁷.

f) O Direito Constitucional e o Direito Tributário

É o Direito Constitucional que delinea o sistema tributário nacional, dando o conceito de tributo, discriminando a competência tributária e estabelecendo um regime tributário, através da fixação de limites ao poder de tributar.

O conceito de tributo é nitidamente um *conceito constitucional* e não legal. Por essa razão, afirmava Geraldo Ataliba, com propriedade, que se constrói “o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais”²⁸. Assim, pondera o saudoso mestre, que o conceito *legal* de tributo deve ser examinado com cautela, a fim de que não ocorram inconstitucionalidades.

Se assim o é, o conceito de tributo, de berço constitucional, não pode ser alargado, reduzido, nem modificado pelo legislador infraconstitucional, notadamente pelo fato de que ele é “conceito-chave – diz Ataliba – para demarcação das competências legislativas e balizador do ‘regime tributário’, conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado ‘poder tributário’, exercido, nas respectivas faixas delimitadas de competências, por União, Estados e Municípios”²⁹. A estrita e taxativa disciplina constitucional das competências tributárias, aliada a não menos rígida disciplina de um estatuto constitucional do contribuinte retira toda liberdade do legislador no fixar um conceito de tributo e os aspectos da hipótese de incidência tributária.

A Constituição Federal de 1988 discrimina as espécies de tributos (art. 145), estabelece as limitações do poder de tributar (art. 150), demarca as competências tributárias entre a União (art. 153), os Estados e o Distrito Federal (art. 155) e os Municípios (art. 156) e define um sistema de repartição das receitas tributárias (arts. 157/159).

g) O Direito Constitucional e o Direito Internacional Público

A relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público pode ser aferida a partir da confrontação entre duas correntes doutrinárias que se contrapõem na elucidação da questão: o *dualismo* e o *monismo*. Para

27. RODRIGUES, Jamile Porto. ‘A paternidade sócioafetiva, seu reconhecimento e seus efeitos’. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 129-138, p. 132.

28. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 33.

29. Idem, pp. 32/33.

a primeira, há duas ordens jurídicas distintas e inconfundíveis, razão por que é impossível um conflito entre o direito interno e o direito internacional, que não se relacionam nem se interagem. Cumpre ao direito interno regular as relações internas, enquanto ao direito internacional a disciplina das relações entre os Estados. Já para a corrente monista, existe uma ordem jurídica única, onde coexistem o direito interno e o direito internacional. Há uma tendência geral para a adoção do monismo jurídico, oscilando as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público entre uma *internacionalização do Direito Constitucional* e uma *constitucionalização do Direito Internacional*. A polêmica que surge, todavia, diz respeito em saber qual o direito deve prevalecer, o direito interno ou o direito internacional.

Entre nós, foi adotado um *monismo moderado*, de sorte que o tratado internacional (direito internacional) se incorpora ao direito interno com igual nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se à regra geral de que a norma posterior prevalece (revoga) sobre a norma anterior³⁰.

Entretanto, se o direito interno é a própria Constituição, o direito internacional não pode, em princípio, prevalecer. Assim, um tratado internacional, quando incorporado no direito brasileiro, só é válido se estiver em consonância formal e material com a Constituição, pois, do contrário, é inconstitucional, como entende o Supremo Tribunal Federal³¹.

30. “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.” (HC 72.131, voto do Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-95, DJ de 1º-8-03).

31. “Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei

Porém, é importante ressaltar que se os tratados e convenções internacionais dispuserem sobre *direitos humanos* e forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles *equivalentes* às emendas constitucionais, conforme a dicção do novo § 3º incluído no art. 5º por força da E.C. nº 45/2004. Isso significa que tais tratados ou convenções internacionais poderão até revogar as normas constitucionais que lhes sejam contrárias. Para além disso, o novo § 4º do art. 5º, também incluído pela E.C. nº 45/2004, dispõe que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão³².

como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-00, DJ de 22-11-02). No mesmo sentido: "Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. (...) Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. (...) Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. (...) (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-97, DJ de 18-5-01).

32. Cumpre registrar que, em sessão realizada em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal restringiu a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia. Por maioria, o Plenário do STF arquivou o Recurso Extraordinário n. 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor – excetuado o inadimplente com alimentos – e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos. Também por maioria, o STF decidiu no mesmo sentido um terceiro processo versando sobre o mesmo assunto, o Habeas Corpus n. 87585. Para dar consequência a esta decisão, revogou a Súmula 619, do STF, segundo a qual "a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito". Ao trazer o assunto de volta a julgamento, depois de pedir vista em março deste ano, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito defendeu a prisão do depositário judicial infiel. Entretanto, como foi voto vencido, advertiu que, neste caso, o Tribunal teria de revogar a Súmula 619, o que acabou ocorrendo. Nos REs, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionavam decisões que entenderam que o contrato de alienação fiduciária em garantia é insuscetível de ser equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil. O mesmo tema estava em discussão no HC 87585, em que Alberto de Ribamar Costa questiona acórdão do STJ. Ele sustenta que, se for mantida a decisão que decretou sua prisão, "estará respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo". Ele fundamentou seu pleito na impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, referindo-se ao pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Em toda a discussão sobre o assunto prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição Federal e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionais. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida. "A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais", disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos

humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. "O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o 'corpus vilis' (corpo vil), sujeito a qualquer coisa". Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que "o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado". "Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações", acrescentou ela. No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que "há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos". Menezes Direito filiou-se à tese hoje majoritária, no Plenário, que dá status supralegal (acima da legislação ordinária) a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de dois terços, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal. No voto que proferiu em 12 de março, quando o julgamento foi interrompido por pedido de vista de Menezes Direito, o ministro Celso de Mello lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia. O mesmo, segundo ele, ocorre com o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa esta proibição, enquanto a Constituição brasileira de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre o assunto. Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro lembrou que, naquele evento, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo. O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal (CF). Ele ponderou, no entanto, que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la. A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, duas teses se formaram no STF. O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um status supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF). Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um "risco para a segurança jurídica" a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF. No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito. Foram votos vencidos parcialmente – defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Em suma, por 5 votos a 4, venceu a corrente capitaneada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que defendeu a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, vencida a corrente liderada pelo ministro Celso de Mello, que conferia a eles status equivalente ao do texto da Constituição Federal. A primeira corrente – que considera esses tratados acima da legislação ordinária do país, porém abaixo do texto constitucional – admite, entretanto, a hipótese do nível constitucional desses tratados, quando ratificados pelo Congresso pelo mesmo rito obedecido pelo Congresso Nacional na votação de emendas constitucionais: votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de dois terços, conforme previsto na EC 45, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF.

A Constituição ainda trata dos princípios constitucionais que devem reger o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (art. 4º), além de dispor sobre o procedimento de incorporação dos tratados ou convenções internacionais na ordem jurídica interna (art. 49, I)³³.

5. RELAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM DISCIPLINAS AFINS DE CARÁTER NÃO-JURÍDICO

a) O Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado

O Direito Constitucional, como já se sublinhou, é o ramo do Direito Público que investiga, estuda e sistematiza os princípios e regras fundamentais da organização de um Estado determinado. Já a Teoria Geral do Estado, que não é propriamente um ramo do Direito, mas uma ciência política, examina o Estado em geral, o Estado como *fato social* e *fenômeno político*, nos seus elementos permanentes, quanto à natureza intrínseca, no tempo e no espaço, indagando-lhe a origem e a finalidade, descrevendo a estrutura, forma e o funcionamento de seus órgãos³⁴.

Em síntese perfeita, Pinto Ferreira apresentou a seguinte distinção: "O direito constitucional é a ciência positiva das constituições, a Teoria Geral do Estado é a ciência positiva do Estado."³⁵

Enfim, a Teoria Geral do Estado desfruta de grande importância para o Direito Constitucional, na medida em que subsidia este ramo do Direito de dados relevantes sobre os problemas atinentes à vida política do Estado.

b) O Direito Constitucional e a Sociologia

São particularmente importantes as relações entre o Direito Constitucional e a Sociologia. O Direito Constitucional, nada obstante ramo do Direito, não limita a sua atenção ao estudo das normas jurídico-constitucionais, pois também se volta para o confronto e solução dos problemas sociais, de que

33. "O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional (...)." (ADI 1.480-MC, Rel.Min.Celso de Mello, julgamento em 4-9-97, DJ de 18-5-01).

34. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 35ª ed., São Paulo: Ed. Globo, p. 09-10, 1996.

35. Op. Cit., p. 48.

é exemplo a pretensão do Direito Constitucional de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (CF/88, art. 3º, I); e de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (CF/88, art. 3º, III).

Para tanto, o Direito Constitucional vai buscar na Sociologia as possibilidades e limites de sua atuação no campo social.

c) O Direito Constitucional e a Filosofia

O Direito Constitucional talvez seja, entre os ramos do Direito, o que mais deve a Filosofia. De base nitidamente filosófica, o Direito Constitucional busca da Filosofia os esclarecimentos necessários sobre os valores que inspiram as organizações políticas e sobre as referências teóricas que lastreiam muitos dos institutos que servem àquele ramo do Direito (Hermenêutica, por exemplo).

d) O Direito Constitucional e a Economia

No estágio atual, os problemas econômicos transformaram-se em problemas constitucionais, haja vista a preocupação crescente das Constituições contemporâneas na regulamentação das atividades econômicas. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, dedicou um título inteiro (Título VII) para dispor juridicamente sobre a "Ordem Econômica e Financeira", fixando, logo no primeiro capítulo, os "Princípios Gerais da Atividade Econômica".

A Economia, assim, é disciplina de importância ímpar para o Direito Constitucional, pois fornece a este ramo do Direito os conhecimentos necessários para a compreensão da atividade econômica.

6. FONTES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Fonte, no sentido figurado, é tudo aquilo que origina ou produz; é origem, causa de alguma coisa. Por *fonte do direito* entende-se a nascente do Direito, sua procedência, que pode estar ligada a um fato social ou a um fato normativo, decorrendo daí, respectivamente, as espécies de *fontes materiais* e *fontes formais*.

As fontes do Direito Constitucional são a origem e o manancial sociológico (fontes materiais) e normativo (fontes formais) que compõem e dão vida a este superdireito. Podem se dividir em: *fontes imediatas* e *fontes mediatas*.

Entre as fontes imediatas (ou diretas) destacam-se, como não poderia deixar de ser, as *Constituições*. Alguns autores, com razão, ainda acrescentam os *costumes*.

Entre as fontes mediatas (ou indiretas), figuram a *jurisprudência* e a *doutrina*.

A *Constituição* é, inegavelmente, a maior e principal fonte do Direito Constitucional, pois é ela que estabelece os *fundamentos* de organização política, social e jurídica do Estado, a sua base essencial, fornecendo a matéria prima que alimenta o Direito Constitucional e consolida esta disciplina como tronco de todo o sistema jurídico.

De importância ímpar para o Direito Constitucional também se afigura o *costume*³⁶, principalmente nos Estados que adotam Constituição não-escrita, como na Inglaterra, onde os costumes constitucionais representam a sua principal característica. Mas mesmo nos Países que possuem Constituição escrita o costume tem se demonstrado uma relevante fonte para o Direito Constitucional, na medida em que pode servir de orientação para o constituinte e para o intérprete da Constituição, chegando alguns autores, como Duverger, a admitir que ele pode completar e modificar as normas constitucionais.

A *jurisprudência constitucional*, ou seja, as decisões reiteradas e uniformes dos tribunais constitucionais sobre determinada matéria constitucional, tem contribuído, nas últimas décadas, para uma reformulação, sem precedentes, do Direito Constitucional. Não é mais novidade alguma a importância das decisões das cortes ou tribunais constitucionais para a atualização e oxigenação do Direito Constitucional, chegando estas decisões a provocar alterações *informais* na Constituição, fenômeno conhecido por *mutação constitucional*. Ficou, a propósito, muita conhecida a frase proclamada pelo Juiz Hughes da Suprema Corte norte-americana: "*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*"³⁷ (Nós estamos sob uma Constituição mas a Constituição é o que os juízes dizem que é). No mesmo sentido as lições de Humberto Quiroga Lavié³⁸ para quem as Cortes Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, são um poder constituinte em sessão permanente.

Finalmente, a *doutrina constitucional* tem desenvolvido destacada influência na formação do Direito Constitucional, através das obras dos constitucionalistas, cujas idéias, para além de explicar a Constituição, subsidiam a jurisprudência e animam a sua constante atualização, concorrendo para a construção teórica dos temas e instituições constitucionais.

36. Como se sabe, o costume é formado a partir da prática reiterada de certos atos e comportamentos que induz uma coletividade à convicção e certeza de que tais atos e comportamentos são efetivamente necessários às relações da vida social, restando, ao final, consagrados pela sanção coletiva.

37. Charles E. Hughes, *Speech*, Elmira, New York, May, 3, 1907, *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 20.

38. *Lecciones de Derecho Constitucional*, p. 01.

CAPÍTULO III

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Sumário • 1. Considerações acerca do vocábulo "Constituição" – 2. Origem e conceito de Constituição: 2.1. Origem; 2.2. Conceito – 3. Concepções sobre a Constituição: 3.1. A concepção sociológica; 3.2. A concepção política; 3.3. A concepção jurídica; 3.4. A concepção cultural (conexão das concepções anteriores) – 4. Supremacia da Constituição – 5. A unidade normativa da Constituição – 6. Objeto e conteúdo das Constituições – 7. Classificação das Constituições: 7.1. Quanto ao conteúdo: *Material e Formal*; 7.2. Quanto à forma: *Escrita e Não-Escrita*; 7.3. Quanto à origem: *Democrática e Outorgada*; 7.4. Quanto à estabilidade ou consistência ou mutabilidade: *Imutável, Fixa, Rígida, Flexível e Semi-rígida ou Semiflexível*; 7.5. Quanto à extensão: *Sintética e Analítica*; 7.6. Quanto à finalidade: *Garantia e Dirigente*; 7.7. Quanto ao modo de elaboração: *Dogmática e Histórica*; 7.8. Quanto à ideologia: *Ortodoxa e Eclética*; 7.9. Quanto ao modo de ser (classificação ontológica): *Normativa, Nominal e Semântica*; 7.10. Classificação da Constituição brasileira de 1988 – 8. Estrutura das Constituições – 9. Elementos das Constituições – 10. A Constituição Dirigente – 11. A Constituição brasileira de 1988.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO VOCÁBULO "CONSTITUIÇÃO"

Os autores são unânimes em apontar para o equívoco do vocábulo "Constituição", dado seu caráter polissêmico, o que dificulta, sobretudo, ministrar-lhe um conceito seguro e preciso. Num sentido vulgar, pode-se dizer que o vocábulo "Constituição" significa o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; significa organização, formação. Nessa acepção geral, qualquer homem e qualquer objeto, qualquer estabelecimento ou associação, enfim, qualquer coisa tem uma constituição e se encontra, de alguma maneira, constituída, formada ou organizada. Vejamos como reage a doutrina em face dessa diversidade de sentidos e como podemos superar tal equívoco vocabular.

Para José Afonso da Silva¹, o vocábulo *constituição* é empregado com vários significados, tais como: (a) "Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos"; (b) "Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta"; (c) "Organização, formação: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma comissão"; (d) "O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima"; (e) "Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade" e, finalmente, como (f) "A lei fundamental de um Estado". Para o citado autor, todas essas acepções são

1. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 39.

análogas, pois exprimem a “idéia de *modo de ser de alguma coisa* e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que *todo Estado tem constituição*, que é o simples *modo de ser do Estado*”.²

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior também advertem para o equívoco do termo, ao sublinhar que o vocábulo *constituição* apresenta sentido equívoco. “Sua origem remonta ao verbo *constituir*, que tem o significado de ‘ser a base de; a parte essencial de; formar, compor’, empregado em expressões triviais, como a *constituição* de uma cadeira ou a *constituição* de uma mesa”.³

Para Celso Ribeiro Bastos, propor um conceito de Constituição não é uma tarefa fácil de ser cumprida, em razão de esse termo ser equívoco e, portanto, prestar-se a mais de um sentido⁴. Assim, consoante leciona o saudoso autor, Constituição significa, numa acepção ampla, “a maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura. Nessa acepção, todo e qualquer ente tem a sua própria constituição. Fala-se, assim, da constituição de uma cadeira, de um planeta, do homem”.⁵

Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides também professa que o vocábulo constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição *política* do Estado, objeto aqui de exame⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é de mesma opinião, quando sustenta que a primeira observação que fez a doutrina “foi a de que o termo ‘Constituição’ é análogo, tendo ao lado de um sentido genérico outros que com este de algum modo se ligam”.⁷ Assim, adverte o autor que, num sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa, de modo que, em tal acepção, o termo não pertence apenas ao vocábulo do Direito Público. Assim conceituado, o termo se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Indica a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é. Nesse sentido geral, jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição⁸.

Empregado ao Estado, esclarece o citado autor que o termo ‘Constituição’, em sua acepção geral, pode designar a sua organização fundamental

2. Ibidem, mesma página.

3. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 01.

4. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 41.

5. Ibidem, p. 42.

6. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 63.

7. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 10.

8. Ibidem, p. 10/11.

total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica, falando-se nesse sentido de Constituição *total* ou *integral*⁹.

Evidentemente que, para se dissipar o equívoco, é necessário isolar o termo ‘Constituição’, empregando-o exclusivamente ao Estado. Ainda assim, vai-se perceber que o conceito de *Constituição estatal* ou *Constituição do Estado* desafia uma abordagem plurívoca, haja vista que ela pode se apresentar sob variados sentidos e significados, consoante a *teoria constitucional* que se adota. Assim, a Constituição pode apresentar-se como a “garantia do *status quo* econômico e social” (Ernst Forsthoff¹⁰); como um “instrumento de governo” (W. Hennis¹¹); como “processo público” (Peter Häberle¹²); como “conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem político-social e do seu processo de realização” (Bäumlin¹³); como “elemento regulativo do sistema político da sociedade” ou como “acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico enquanto subsistemas do sistema social” (Niklas Luhmann¹⁴); como “programa de *integração* e de *representação* nacional” (H. Krüger¹⁵); como “ordem jurídica do processo de integração estatal” (R. Smend¹⁶); como “ordem jurídica fundamental do Estado” (W. Kagi¹⁷); como “limitação e racionalização do poder e como garantia de um livre processo da vida política” (H. EHMKE¹⁸); como “ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade” (Konrad Hesse¹⁹); como “legitimação do poder soberano segundo a idéia de Direito” (G. Burdeau²⁰), entre outros significados.

9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 11.

10. *Der Totale Staat; Der Staat der Industriegesellschaft; Verwaltung und Verwaltungsrecht; Verfassungsprobleme; Verfassungswidrigkeit; Das Politische Problem, Rechtsstaat im Wandel*, entre outras obras, apud J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 82-87.

11. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, apud J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 87-90.

12. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, apud J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 90-100.

13. *Staat, Recht und Geschichte; Lebendige oder gebändigte Demokratie*, apud J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 100-104.

14. *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, entre outras obras, apud J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 104-110.

15. *Die Verfassung als Programm der nationalen Repräsentation; Subkonstitutionelle Verfassungen*, apud J.J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 110-113.

16. *Verfassung und Verfassungsrecht*.

17. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*.

18. *Grezen der Verfassungsänderung*.

19. *Grundzüge; Die Normative Kraft der Verfassung; A força normativa da Constituição; Escritos de Derecho Constitucional; Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*.

20. *Traité de Science Politique*, apud J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 121-123.

Essa abordagem plúrima é natural, uma vez que, consoante leciona J. H. Meirelles Teixeira,

“A diversidade dos fundamentos que lhe são atribuídos, dos fins visados, dos pontos de vista quanto à validade desses fins, ou quanto às técnicas consideradas mais aptas a alcançá-los – diversidade que também reflete as origens, a condição social, o temperamento, a formação moral, os interesses ou a cultura de cada indivíduo –, produz, por sua vez, aquela diversidade de conceitos, que refletem o modo de ser historicamente concreto das Constituições, e daí poder-se falar em Constituição liberal, democrática, individualista, social, real, material, ideal, formal, socialista, reacionária, totalitária, etc.”.²¹

Enfim, as diferentes funções históricas que as Constituições podem desempenhar no meio político e, fundamentalmente, as distintas formas de entender o próprio Direito geram, na teoria da constituição, segundo Sanches Agesta, os diferentes conceitos de Constituição²². A esse respeito, podem-se identificar quatro conceitos fundamentais de Constituição estatal, correspondendo, cada um, a uma distinta forma de entender o Direito, quais sejam: (a) sociológico, (b) político, (c) jurídico e (d) cultural. Passemos, doravante, a entendê-los, com o propósito, advirta-se, de buscar um conceito de Constituição “constitucionalmente adequado” para um trabalho científico.

2. ORIGEM E CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

2.1. Origem

A idéia de Constituição não é um privilégio dos tempos hodiernos. Com efeito, consoante ressaltou Ferdinand Lassalle, sustentando sua concepção *sociológica* da Constituição, uma “Constituição *real e efetiva* a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso”.²³

Assim, Lassalle chamou a atenção para o fato de que todos os Estados possuem e sempre possuíram, em todos os momentos da sua história, uma Constituição *material, real e verdadeira*. A diferença surgida em tempos mais recentes não é a presença de Constituições reais e efetivas, que sempre existiram, mas sim o aparecimento de *Constituições escritas nas folhas de papel*²⁴. Deveras, na maior parte dos Estados modernos, testemunhamos o surgimento, num determinado momento de sua história, de uma Constitui-

21. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, p. 45.

22. *Apud* TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *op. cit.*, p. 44.

23. *Ibidem*, p. 39.

24. *Ibidem*, p. 41.

ção escrita, cuja missão é a de estabelecer, em documento solene, todas as instituições e princípios do governo vigente²⁵.

Com efeito, desde a Antigüidade já se constatava que, entre as leis, pelo menos uma delas se destaca em face de seu propósito de organizar o próprio poder, fixando os seus órgãos, estabelecendo as suas atribuições e seus limites, enfim, definindo a sua Constituição²⁶. A noção de Constituição, pois, já existia entre os gregos e romanos, no domínio do pensamento filosófico e político. Aristóteles distinguia entre uma categoria de normas que organizavam e fixavam os fundamentos do Estado (as normas de organização), e as normas comuns (as regras) que eram elaboradas e interpretadas em consonância com as primeiras. Tal distinção, contudo, só veio a ser acentuada no século XVIII, a partir do movimento denominado *constitucionalismo*, que surgiu, inicialmente, com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de um conjunto de normas que seriam a ele anteriores e superiores. É daí em diante que a expressão *Constituição* passou a ser empregada para designar o corpo de normas que definem a organização fundamental do Estado²⁷.

2.2. Conceito

A Constituição do Estado é a sua Lei Fundamental; a Lei das leis; a Lei que define o modo concreto de ser e de existir do Estado; a Lei que ordena e disciplina os seus elementos essenciais (poder-governo, povo, território e finalidade).

Em linguagem simples e objetiva, podemos conceituar a Constituição como um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, *dispondo e regulando* a forma de Estado, a forma e sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.

O conceito de Constituição, todavia, não pode ficar desvinculado do exame do sentido ou concepção que ela pode apresentar. Assim, sintetizando as diversas teorias da constituição, cumpre verificar em que sentido se deve conceber e compreender a Constituição estatal: no sentido *sociológico*,

25. *A Essência da Constituição*, p. 41.

26. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, p. 03.

27. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, p. 03.

político ou jurídico? Ou numa *conexão* (união) de todos esses sentidos (sentido *cultural*)? Vejamos as concepções a seguir.

3. CONCEPÇÕES SOBRE A CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser sentida e compreendida a partir de perspectivas ou concepções diversas, segundo o ângulo de visão de seu observador. Efetivamente, o sociólogo vai conceber a Constituição como um fato social ou produto da realidade social, dotada de força própria extraída dos elementos da mesma realidade da qual proveio; o adepto da concepção política certamente verá na Constituição a síntese de uma decisão política fundamental de um povo acerca do modo e da forma concreta de existência de sua comunidade; enquanto para o jurista a Constituição é uma lei pura, que se distingue das demais em razão de sua superioridade jurídica.

Eis algumas considerações sobre as concepções da Constituição:

3.1. A concepção sociológica

Numa concepção sociológica, a Constituição haure a sua origem na própria realidade social. A Constituição, nesse sentido, não é produto da Razão, mas sim *resultado das forças sociais*; não é algo criado ou inventado pelo homem, mas sim realidade política e social do presente; não é pura forma de “dever ser”, mas de “ser”. Nessa perspectiva, a Constituição deve ser examinada, não em si mesma, mas em relação à sociedade que a adota, da qual ela constitui puro reflexo, ou expressão da realidade nela existente. É na sociedade, portanto, e em seus estratos mais profundos, que a Constituição vai buscar sua energia.

Percorrendo essa trilha, o jusfilósofo Donoso Cortés, já observava, no século XIX, que

“As Constituições são as formas com que se revestem os povos nos distintos períodos de sua existência e de sua história, e como as formas não existem por si mesmas, nem têm uma beleza que lhes seja própria, nem podem ser consideradas senão como a expressão das necessidades dos povos que as recebem (...). As Constituições, pois, não devem ser examinadas em si mesmas, mas em relação às sociedades que as adotam. Se a razão nos dita esta verdade, a história nos ensina que as sociedades tendem a revestir-se das formas que lhes são próprias e a dar-se a Constituição de que necessitam para repousar em um todo consistente e harmonioso”.²⁸

Se, por uma concepção jurídica, é a Constituição que determina e constrói a sociedade, conformando-a, constituindo-a, transformando-a e estabelecendo os seus fins, por uma concepção sociológica é a sociedade que

28. *Apud* TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 49-50.

determina e constrói a Constituição, não passando esta de puro reflexo ou projeto da realidade viva da sociedade e das forças sociais nela operantes. Para o pensamento sociológico, é necessário reconhecer que a sociedade tem normatividade própria, ou seja, que as forças sociais têm suas próprias leis, e que estas muitas vezes se mostram rebeldes à atuação das normas jurídicas.

Ferdinand Lassalle, na sua significativa obra *A Essência da Constituição*²⁹, revelou os fundamentos sociológicos das Constituições: os *fatores reais do poder* que regem uma determinada sociedade. Esses fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade consistem, segundo Lassalle, numa *força ativa e eficaz* que, por uma exigência da necessidade, informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes no país, determinando que elas *sejam o que realmente são*³⁰. Para ele, constituem esses fatores reais do poder: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com especial conotação, a pequena burguesia e a classe operária, todos, sem exceção, compondo parte da Constituição, que ele denomina de *Constituição real e efetiva*. “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a *soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”.³¹ Quer dizer, a Constituição real e efetiva é um produto das infra-estruturas sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.). Com base nessa afirmação, ele distingue entre a *Constituição real e efetiva* e a *Constituição jurídica*, ou seja, entre as estruturas sociais e políticas, as relações de poder efetivamente existentes em determinada comunidade política, que, para ele, são a verdadeira Constituição, e as normas constitucionais vigentes, que são a Constituição escrita, mera *folha de papel*, que deve corresponder àquela outra.

Deveras, essa teoria distintiva de Lassalle apenas demonstra um fato: a diferença entre a Constituição jurídica, tal como exposta e configurada num documento escrito, e a Constituição real, tal como observada, realizada e cumprida na realidade. Assim, essa *Constituição real e efetiva* não se confunde com a *Constituição jurídica*. Esta, a Constituição escrita, não passa de uma mera *folha de papel* que deve necessariamente refletir a Constituição real. A Constituição jurídica não pode divorciar-se da Constituição real, sob pena de tornar-se ilegítima. “E se isso acontecer,” – sentencia Lassalle – “se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força

29. Em alemão o livro foi denominado *Über die Verfassung* (Sobre a Constituição). A sua versão original em português foi *Que é uma Constituição?*, agora publicada, pela Editora Lumen Júris, com o título *A Essência da Constituição*. Este trabalho de Lassalle é resultado de uma conferência pronunciada em 1862 para intelectuais e operários da antiga Prússia.

30. *A Essência da Constituição*, p. 25-26.

31. *Ibidem*, p. 32.

capaz de salvá-la".³² Assim, onde "a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição *escrita*, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição *real*, a das verdadeiras forças vitais do país".³³

Nessa linha de raciocínio, a *Constituição jurídica*, para ser eficaz e duradoura, deve corresponder fielmente à *Constituição real* e ter suas raízes nos fatores reais do poder que regem o Estado. A *Constituição verdadeira, real*, é o que efetivamente é, não podendo ser de outro modo. O autor demonstra seu pensamento com um elucidativo exemplo, que vale a pena citar:

"Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: 'Esta árvore é uma figueira'. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos".

Isso ocorre – diz ele – com as *Constituições*, de modo que de "nada serviria o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder".³⁴

Lassalle conclui o seu pensamento afirmando que os problemas constitucionais não são problemas jurídicos, mas sim problemas de poder. E que a *Constituição* de um país – a sua *Constituição real* – somente tem por base os fatores reais de poder que naquele país vigem e as *Constituições escritas* – as meras folhas de papel – não têm valor, nem são duráveis, a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.³⁵

3.2. A concepção política

Carl Schmitt, em sua clássica obra *Teoria da Constituição* (*Verfassungstheorie*)³⁶, publicada em 1928, também reconhecendo a diversidade de sentidos do vocábulo '*Constituição*', limitando-o, porém, desde logo à *Constituição*

32. *A Essência da Constituição*, p. 52.

33. *Ibidem*, p. 47.

34. *A Essência da Constituição*, p. 50-51.

35. *Ibidem*, p. 53.

36. O presente trabalho utilizará a versão espanhola *Teoría de la Constitución*, editada pela Alianza Universidad Textos, primeira edição, já na terceira reimpressão, Madrid, 2001.

do Estado, apresenta quatro conceitos, confessando sua preferência pelo conceito positivo. Vejamo-los: I) conceito *absoluto*; II) conceito *relativo*; III) conceito *positivo*, e IV) conceito *ideal*.

I) Em sentido *absoluto*, a *Constituição* é entendida como um todo unitário, ou seja, "la concreta *manera de ser* resultante de cualquier unidad política existente".³⁷ Nesse contexto, ela pode significar:

- a) o *próprio Estado* em sua concreta existência política. Vale dizer, *Constituição* é "la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado".³⁸ A *Constituição* é a alma do Estado, sua vida concreta, sua existência individual. Tanto que, se cessar a *Constituição*, cessa o Estado. Era nesse sentido que a palavra *Constituição* era empregada pelos filósofos gregos;
- b) *forma de governo*, isto é, "una manera especial de ordenación política y social". "Aquí, *Constitución* es la *forma especial del dominio* que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él".³⁹ São exemplos dessas formas especiais de existir do Estado: a monarquia, a aristocracia e a democracia;
- c) um *princípio dinâmico* de sucessão, transformação, coordenação e agregação. A *Constituição* é concebida como "el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada *formación y erección* de esta *unidad* desde una *fuerza y energía* subyacente u operante en la base".⁴⁰ Aqui, entende-se o Estado, não mais como algo puramente existente, estático, mas como algo dinâmico, de aglutinação dos interesses contrapostos, de "integração", segundo a expressão de Rodolfo Smend;
- d) por fim, a *Constituição* em sentido absoluto ainda pode significar "una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas". Neste particular, a *Constituição* não é nem uma atuação do ser, nem um vir-a-ser dinâmico, mas sim uma norma fundamental da vida do Estado, um dever ser.

37. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 30.

38. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 30: "a concreta situação de conjunto da unidade política e do arranjo social de um determinado estado" (tradução livre do autor).

39. *Ibidem*, p. 30-31: "uma maneira especial de ordenação política e social. Aqui, *Constituição* é a forma especial de domínio que afeta cada Estado e que não pode separar dele" (tradução livre do autor).

40. *Ibidem*, p. 31: "o princípio do acontecimento dinâmico da unidade política, do fenômeno da contínua renovada formação e da ereção desta unidade desde uma força e de uma energia subjacente ou operando-se na base" (tradução livre do autor).

II) Em sentido *relativo*, a Constituição significa “la ley constitucional en particular”.⁴¹ A Constituição compreende, portanto, uma pluralidade de leis constitucionais, distintas quanto ao conteúdo, alcance e valor, e iguais apenas na forma. Assim, nesse sentido relativo, de cunho formal e externo, tudo o que está na Constituição é constitucional, pouco importando o conteúdo e alcance. Em face disso, essas normas não podem ser modificadas por lei ordinária. Esse conceito de Constituição identifica-se com o conceito das chamadas Constituições rígidas.

III) Em sentido *positivo* – para Schmitt, o único em que uma Constituição pode ser verdadeiramente concebida – a Constituição é entendida como o modo e a forma de ser de uma unidade política, isto é, de uma Nação. Nesse sentido, a Constituição significa, essencialmente, *decisão política fundamental*, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política. “La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”. Tal Constituição, portanto, “es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma”.⁴²

A Constituição, como uma decisão consciente da comunidade política, deriva de uma *vontade política* já existente. Daí considerar-se Schmitt como um “voluntarista”, uma vez que confere relevante papel à *vontade política* da Nação. Percebe-se, no pensamento de Schmitt, que não é a Constituição que produz a unidade política, mas, inversamente, é a unidade política, ou seja, a Nação que gera a Constituição. É a unidade política que, dotada de uma vontade política de existir e através do Poder Constituinte, adota a Constituição por si mesma e se dá a si mesma. Enfim, a Constituição só existe porque antes dela já existia uma unidade política, e somente a decisão conjunta de um povo sobre o modo e a forma de sua existência é que confere a um conjunto de normas o caráter de Constituição. E a Constituição normativa, para Schmitt, não é outra coisa senão a mera expressão dessa vontade ou decisão política. Poder-se-ia fazer, como procede Meirelles Teixeira⁴³, o seguinte encadeamento lógico da gênese da Constituição, segundo a teoria voluntarista de Schmitt: *unidade política* → *vontade política de existir* → *decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existir* (Constituição).

Para a conceituação de Constituição, parte Schmitt de uma distinção que considera fundamental entre *Constituição* e *leis constitucionais*. “Sólo es

41. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 37.

42. SCHMITT, Carl. op. cit., p. 46.

43. Ibidem, p. 55.

posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional”.⁴⁴ Assim, para Schmitt, analisando a Constituição de Weimar (1919), existem no texto de uma Constituição normas que se destacam pela enorme relevância política para a comunidade, pois dizem respeito à estrutura e aos órgãos do Estado, aos direitos individuais, ao regime político, etc., e normas que não apresentam essa relevância, por referirem-se apenas a interesses particulares de facções ou grupos, e que só se encontram inseridas no texto constitucional para se protegerem contra a modificação por lei ordinária.

Em razão disso, a Constituição, em seu conjunto normativo, não apresentava nenhuma unidade lógica, não passando de uma pluralidade de normas distintas quanto ao conteúdo, alcance e valor, sendo apenas iguais sob o aspecto exclusivamente formal e externo: por estarem inseridas na Constituição normativa e não poderem ser modificadas por lei ordinária. Por isso mesmo, para o autor, a Constituição corresponde apenas a um conjunto de normas referentes aos aspectos fundamentais do Estado, que ele denomina de *decisões políticas fundamentais*. Tudo o mais, por não se relacionar com aqueles aspectos, integra o conceito de lei constitucional, pelo só fato de integrar o texto normativo de uma Constituição. Em outras palavras, é conteúdo próprio da Constituição aquilo que se refira às formas de Estado e de governo, aos órgãos do poder, suas atribuições e limites e aos direitos e garantias fundamentais. Tudo o mais – só pelo fato de estar escrito na Constituição – é lei constitucional.

Segundo Schmitt, portanto,

“La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible (...) porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”.⁴⁵

A essência da Constituição, portanto, identifica-se exatamente com uma *decisão política fundamental* que está por detrás de toda normatividade.

Conclui o autor, revelando os resultados práticos de sua distinção entre Constituição e lei constitucional, que tem como mais importante consequência a seguinte: enquanto as *leis constitucionais* podem ser reformadas, pelo processo de reforma constitucional geralmente previsto nas Constituições normativas, as *decisões políticas fundamentais* (a Constituição) jamais podem ser reformadas, uma vez que correspondem à própria substância e

44. Op. cit., p. 45.

45. SCHMITT, Carl. op. cit., p. 47.

essência da Constituição. Ou seja, são a alma da Constituição, que integram a sua parte imutável.

Outro efeito da distinção consiste em que, segundo Schmitt, nas chamadas situações constitucionais de crise (estado de sítio) somente as leis constitucionais podem ser suspensas, nunca as decisões políticas fundamentais. “*La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción*”.⁴⁶

Essas idéias de Schmitt identificam-se com uma classificação muito difundida na doutrina, que distingue Constituição material e Constituição formal. A Constituição material corresponde exatamente ao conceito de Schmitt de *Constituição*; a Constituição formal, ao conceito de *lei constitucional*.

Considere-se que, como observa Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁷, o que importa para Schmitt é que a Constituição seja resultado de uma decisão de vontade que se impõe: a *decisão política fundamental*, pouco importando se ela corresponde ou não aos fatores reais de poder na sociedade, pois isto é uma questão de oportunidade política. Desse modo, para Schmitt a Constituição é uma decisão válida apenas em razão da vontade do Poder que a estabelece.

IV) Em sentido *ideal*, a Constituição apresenta-se como um documento de conteúdo político e social, considerado ideal por corresponder aos postulados políticos do momento; seria aquela que acolhesse determinados valores e ideologias e fixasse soluções consideradas como as únicas legítimas. Um exemplo de Constituição ideal foi o projetado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu art. 16, prescrevia: “Toda sociedade onde não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos Poderes, não tem constituição”. Desde o século XVIII, portanto, somente seria ideal a Constituição que fosse escrita, rígida, que proclamasse a separação de poderes, instituisse limitações ao poder do Estado e assegurasse as liberdades individuais.

3.3. A concepção jurídica

Numa concepção estritamente jurídica, a Constituição é concebida como uma *norma jurídica*, uma *norma jurídica fundamental* de organização do Estado e de seus elementos essenciais, dissociada de qualquer fundamento

46. Ibidem, p. 50.

47. *Constituinte: Assembléia, Processo, Poder*, p. 18.

sociológico, político ou filosófico. Para o jurista em especial, a Constituição é vista sempre como “norma jurídica de organização”.

Assim, ela é conceituada ora como um “Direito fundamental de organização” (Sanchez Agesta), ora como “Regras jurídicas que determinam os órgãos supremos do Estado, fixam o modo de sua criação, suas relações mútuas, seu domínio de ação, enfim, o lugar fundamental de cada um em relação ao poder estatal” (Jellinek), ora como um “Conjunto de normas que direta e indiretamente se referem à distribuição ou ao exercício soberano dos poderes do Estado” (Dicey), ora como um “Conjunto de regras relativas ao governo e à vida da comunidade estatal, considerada do ponto de vista da existência desta” (Hauriou), ora como “Corpo de regras e máximas segundo as quais os poderes da soberania são geralmente exercidos” (Cooley), ora como um “Conjunto de normas jurídicas que regulam o ordenamento fundamental do Estado, instituem-lhe os órgãos constitucionais, regulando a formação e a competência destes” (Ranelletti), ora como “Ato determinante da idéia de Direito, ao mesmo tempo que regra de organização, no exercício das funções estatais” (Burdeau)⁴⁸.

Entre nós, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior dão maior destaque e importância ao conceito jurídico de Constituição. De fato, para esses autores, o mais importante “é buscar um conceito jurídico que, a um só tempo, consiga delimitar seu alcance e explicar seu conteúdo”.⁴⁹ Eles consideram essenciais, para o conceito jurídico de Constituição estatal, as seguintes noções básicas: (a) A Constituição é a lei fundamental do Estado; (b) tem por fim regular os elementos essenciais do Estado, ou seja, território, governo, povo e finalidade; (c) e define um catálogo de direito e garantias fundamentais. Com essas referências fundamentais, os aludidos autores conceituam a Constituição como

“a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional”.⁵⁰

Esse conceito não discrepa do oferecido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o termo ‘Constituição’ é mais utilizado para designar a organização jurídica fundamental do Estado. Vale dizer, para o autor o que

48. *Apud* TEIXEIRA, J. H. Meirelles op. cit., p. 46.

49. Op. cit., p. 03.

50. Op. cit., mesma página.

importa é o conceito jurídico de Constituição, que corresponde ao “conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”.⁵¹

Também privilegiando o conceito jurídico de Constituição estatal, encontramos nas lições de Celso Ribeiro Bastos a seguinte formulação:

“Dentre todas as conceituações de Constituição, a mais relevante para o direito brasileiro é aquela calcada no critério formal. Isso porque as classificações, as categorizações ou as conceituações apenas apresentam relevância diante do direito, na medida em que a elas se faça corresponder um regime jurídico próprio, vale dizer, um feixe de normas pertinentes”.⁵²

Para este autor, o conceito de Constituição é eminentemente normativo, consistente num conjunto de normas jurídicas. Assim, por ser norma, não descreve a real maneira de ser das coisas, mas sim institui a maneira pela qual as coisas devem ser.⁵³ Ao final, entende a Constituição como um conjunto de normas “de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico e que tem por fim organizar e estruturar o poder político, além de definir os seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão”.⁵⁴

Mas foi em Hans Kelsen⁵⁵ que encontramos a figura do defensor intransigente do conceito puramente jurídico de Constituição. Para ele, a Constituição pode ser concebida em dois sentidos: no *lógico-jurídico*, como a *norma hipotética fundamental* (*Grundnorm*), pressuposta, que serve de fundamento lógico transcendental de validade da própria Constituição jurídico-positiva; e no *jurídico-positivo*, como a *norma positiva suprema*, fundamento de validade para todas as outras normas positivas, ocupando, dessarte, o vértice do ordenamento jurídico do Estado. Nesse sentido, pois, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.⁵⁶

Assim, para Kelsen, a Constituição *posta* (no sentido jurídico-positivo) é a norma jurídica que fundamenta todo o sistema jurídico-positivo, conferindo-lhe unidade e fechamento. Contudo, além de uma Constituição *posta* há ainda uma Constituição *pressuposta* (no sentido lógico-jurídico) que serve de fundamento de validade à própria Constituição positivada. Essa, a pressuposta ou suposta (assim denominada porque é hipotética, não sendo

51. Op. cit., p. 11.

52. Op. cit., p. 48.

53. Op. cit., p. 46.

54. Op. cit., p. 52.

55. *Teoria Pura do Direito*, passim.

56. Kelsen, Hans. op. cit., p. 247.

imposta por nenhuma autoridade humana), prescreveria obediência irretirada àquela, a posta (esta sim, é imposta por uma autoridade humana).

Vê-se, de conseguinte, que Kelsen leva a concepção jurídica de Constituição às suas últimas consequências, identificando a Constituição como “norma pura”. Em face da inestimável contribuição Kelseniana para a formação do conceito jurídico de Constituição, sobrelevam razões para que nos debruçemos um pouco mais sobre a sua teoria pura do Direito, em especial sobre a sua teoria da norma fundamental, por estar relacionada ao assunto objeto do trabalho.

Teórico do pensamento liberal, Hans Kelsen vislumbrou, no início do século XX, a possibilidade de descrever o Direito tal como ele é. Ou seja, procurou responder à indagação *o que é e como é* o Direito. Para tanto, lançou a sua tanto festejada quanto criticada *Teoria Pura do Direito*, com a qual construiu um novo modelo teórico do Direito.

Voltada à criação de um método científico para o conhecimento jurídico, a *teoria pura* se desenvolveu principalmente nas três versões do livro *Reine Rechtslehre*: a da primeira edição alemã de 1934, publicada com o subtítulo *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Introdução à problemática científica do Direito); a da edição em francês, realizada na Suíça em 1953; e a definitiva, da segunda edição alemã, de 1960.

A teoria pura do Direito é, segundo proclama o próprio Kelsen⁵⁷, uma teoria do Direito Positivo, uma vez que centrada no exame *formal* da norma jurídica. Em face disso, é uma *teoria da dogmática jurídica*, uma vez que contempla, normativamente, as regras efetivas, impostas por homens para homens, isto é, como dispositivos de *dever ser*, como normas, portanto. Teve o mérito, dessarte, de estabelecer o seu princípio metodológico fundamental: garantir um conhecimento dirigido exclusivamente ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu exato objeto.

Assim, baseado no *princípio da pureza* com que conduziu a sua teoria, Kelsen rompe com a concepção da ciência jurídica tradicional que, de modo inteiramente acrítico, confundia o Direito com a política, sociologia, psicologia, ética, economia, etc. Advirta-se, porém, que quando a teoria pura pretende delimitar o conhecimento do Direito em face dessas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou negar a conexão porventura existente entre o Direito e elas, mas para evitar o que Kelsen chama de *sincretismo metodológico*, que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos

57. Kelsen, Hans. op. cit., passim.

pela natureza do seu objeto. A dizer, por uma questão de método, entende Kelsen que todos esses problemas, sociológicos e filosóficos, relacionados com a norma jurídica, são problemas metajurídicos, que se situam além das fronteiras da ciência jurídica, e que seu estudo compete não ao jurista, mas sim ao sociólogo e ao filósofo.⁵⁸

E ainda, tendo por objeto uma ciência voltada para o Direito Positivo, com enfoque centrado na norma jurídica, a *teoria pura* revela o paradigma kelseniano de construir o Direito, a saber: *positivismo como modo de entender o Direito e formalismo teórico e científico*. Isso porque, a construção teórico-científica de Kelsen objetivou conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas da época e de dar ao jurista uma autonomia científica. Assim, segundo ele, método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, para ele, o Direito deve ser encarado como norma, jamais como fato social ou como valor transcendente.

Não obstante as críticas que recebeu, todas acusando-o de reduzir o conhecimento jurídico à norma e, conseqüentemente, esquecer as dimensões sociais e valorativas, Kelsen, na verdade, nunca negou tais aspectos, mas sustentou a necessidade de escolher, dentre eles, um que assegurasse autonomia ao jurista. E assim procedeu porque, para ele, uma ciência que se ocupasse de tudo correria o risco de se perder em debates estéreis e, dessa forma, não lograr impor-se conforme os critérios de rigor, inerentes e necessários a qualquer pensamento que se pretendesse científico. Vale dizer, as confusões metodológicas poderiam pôr em dúvida a própria autonomia da ciência jurídica.

Em razão da fixação do seu objeto de conhecimento (o Direito Positivo), a teoria pura do Direito encontra-se, histórico-cientificamente, na tradição do positivismo jurídico-estatal. Entretanto, o que diferencia a doutrina de Kelsen do positivismo jurídico-estatal é a base *crítico-cognoscitiva* de sua teoria, como se percebe, notadamente, na doutrina da *norma fundamental*. Assim, o velho positivismo converte-se no *positivismo jurídico crítico* da teoria pura do Direito e, com ele, na mais conseqüente, clara e conceitualmente aguda forma da ciência do direito positivista.⁵⁹

Kelsen, portanto, foi um enérgico defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica, pelo que sempre insistiu na *tese da separação*

58. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 47.

59. WALTER, Robert. 'A Teoria Pura do Direito'. In: Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, versão condensada pelo próprio autor, trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, RT, 2001.

entre o Direito e outras disciplinas do conhecimento humano. Nesse sentido, não cabe à ciência do Direito fazer avaliações morais ou políticas sobre o Direito positivo.

Sobre as bases filosóficas da teoria pura do Direito, pode-se dizer que importantes posições adotadas por ela podem ser atribuídas a determinadas doutrinas da filosofia de Kant, como, v. g., a admissão de um mundo do ser e um mundo do dever ser, e a construção de uma norma fundamental, como pressuposto lógico-transcendental, para explicar uma ordem coercitiva eficaz, como sistema *único* de normas válidas.

A teoria pura de Kelsen, portanto, trabalha com a categoria fundamental "norma jurídica", em torno da qual gravitam outras categorias teóricas, àquela referidas diretamente: ilícito, sanção, validade, eficácia, etc. Disto resulta que, para essa teoria, o Direito é um sistema de normas prescritivas de conduta humana, cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, representado pela *norma fundamental* (a *Grundnorm*). E norma jurídica, para a teoria pura, é aquela que descreve uma *relação de imputação* entre o *ilícito* e a *sanção*. Ou seja, as normas contêm uma afirmação de que alguma conduta *deve ser*. Ou, noutro sentido, elas estabelecem a ligação deontica – através do verbo *dever ser* – entre determinada conduta e a sanção: *dado a conduta "A" deve ser a sanção "B"*. A estrutura deste enunciado, visto assim, possui o antecedente "A" conectado deonticamente ao conseqüente "B".

Kelsen concebeu o Direito como uma ordem normativa, ou seja, como um *sistema escalonado* de normas jurídicas, onde várias normas são estruturadas e dispostas hierarquicamente. À semelhança de um conjunto de estrelas, o Direito é compreendido como uma constelação de normas jurídicas prescritivas de conduta humana.

Segundo o autor, a unidade do sistema jurídico é produto da relação de dependência, que resulta do fato de a validade de uma norma jurídica – que foi produzida de acordo com outra norma jurídica – apoiar-se sobre essa norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra e assim por diante, até alcançar-se uma norma suprema, que funcione como o fundamento último de validade⁶⁰. Esse fundamento último de validade é representado pela *norma fundamental* que, segundo o jusfilósofo de Viena, garante a unidade do Direito, fechando o sistema jurídico, à medida que todas as normas jurídicas do sistema são reconduzidas a ela.

60. Op. cit., p. 247.

Assim, para ele, a unidade do Direito decorre diretamente da validade das normas jurídicas. Como o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma (esta considerada superior em face daquela e aquela considerada inferior em face desta), a indagação do fundamento de validade de uma norma pode perder-se no interminável, num verdadeiro regresso *ad infinitum*. Por essa razão, e para enclausurar o sistema solucionando a questão em aberto, entendeu Kelsen que essa indagação tem de ter um fim. Ou seja, tem que terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada do sistema. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada ainda. A essa norma, pressuposta como a mais elevada, Kelsen denominou de norma fundamental (a *Grundnorm*). O fundamento de validade da norma pressuposta não pode ser questionado, apresentando-se essa norma pressuposta como um *postulado*, à semelhança do que ocorre com o sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras proposições, mas que, por sua vez, não são dedutíveis de nenhuma outra. Os postulados são criados por convenção, ou por uma pretensa evidência destes. Igualmente se pode afirmar da norma pressuposta: ela é uma convenção ou uma proposição evidente que se situa no ápice do sistema, para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas⁶¹. A norma pressuposta, portanto, exatamente por não ter sido posta por uma autoridade, não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental.

É essa norma fundamental que, em termos Kelsenianos, constitui a unidade de uma pluralidade ou constelação de normas jurídicas, enquanto, e na medida em que, representa o fundamento último de validade de todas as normas que formam o Direito. Vale dizer, a norma fundamental é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um sistema jurídico. Essa unidade do Direito também se exprime, afirma Kelsen, na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem, ou seja, em proposições jurídicas lógicas.

Em termos práticos, podemos dizer que é a *norma fundamental* que impõe obediência à Constituição de um País e às demais normas jurídicas por esta fundamentadas. Neste sentido, a norma fundamental é o ponto inicial do Direito. Quer dizer, é o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo. Por isso mesmo ela pode ser designada de *Constituição no sentido lógico-jurídico*, para distinguir-se da *Constituição no sentido jurídico-positivo*

61. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 62.

(que é a norma fundamental *posta*). A norma fundamental não é positiva, mas hipotética e prescreve obediência aos editores da primeira constituição histórica. Assim, se se indaga pelo fundamento de validade de uma Constituição, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade de todas as normas individuais produzidas em conformidade com estas últimas, seremos conduzidos a uma Constituição mais antiga, ou seja, fundamentamos a validade da Constituição em vigor no fato dela ter sido elaborada em consonância com as normas *postas* da Constituição anterior que prescreviam o processo de reforma constitucional. Assim se chega, segundo Kelsen, a uma Constituição que é historicamente a primeira, que não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, por conseguinte, não pode ser reconduzida a nenhuma norma *posta* por uma autoridade. Essa Constituição histórica, ou surgiu revolucionariamente, rompendo com a Constituição anteriormente existente ou é a primeira Constituição. Agora, se se indaga pelo fundamento de validade dessa Constituição histórica, a resposta apenas pode ser conduzida a uma norma pressuposta, hipotética, que é a *norma fundamental* de Kelsen⁶².

Vejamos um exemplo. Um comerciante é autuado por um servidor do fisco, que lavra um auto de infração por sonegação fiscal. Se aquele indaga sobre a validade do auto, será reconduzido imediatamente à lei instituidora do tributo sonegado (e das demais sanções pelo não pagamento). Indagando agora sobre a validade dessa lei, será apontada a Constituição Federal como o fundamento de validade. Se o comerciante prosseguir na sua investigação à procura do fundamento e indagar sobre a validade da própria Constituição Federal, ser-lhe-á indicada a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, apresentada à Constituição de 1967, em face da qual se convocou a Assembleia Nacional Constituinte. Não satisfeito, se o comerciante questionar sobre a validade desta Emenda de convocação, ser-lhe-á apontada a Constituição de 1967, na parte que regula o processo de emendas constitucionais. Como em 1985 a nossa Constituição era, na verdade, a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, promulgada por uma junta militar, poderia o comerciante prosseguir em perguntar sobre a validade dos poderes desta junta, de atribuir aos congressistas competência para emendar a Constituição. Será apontado o ato institucional nº 05, de 1968, que deu poderes legislativos ao Executivo, inclusive para emendar a Constituição, sempre que decretado o recesso do Congresso Nacional. Os questionamentos, entretanto, parariam por aqui, pois que inexistiu norma concedendo poderes para o Presidente da República editar o ato institucional nº 05/68, de modo que, no pensamento

62. Op. cit., p. 223.

kelseniano, tal ato deve ser considerado como a primeira constituição histórica brasileira, do qual decorre a validade das normas jurídicas em vigor ainda hoje, inclusive a Constituição Federal de 1988. Isto porque, o ato institucional nº 05/68 rompeu a continuidade jurídica e anulou totalmente o ordenamento precedente. Se continuasse o questionamento, ser-lhe-ia apontado o postulado da norma hipotética fundamental, que prescreve obediência ao ato institucional nº 05. De conseguinte, em termos kelsenianos, o ato institucional nº 05/68 é a primeira constituição histórica brasileira, porque a ordem jurídica iniciada a partir dele ainda não foi substituída⁶³.

Enfim, para Kelsen, é a *norma fundamental* que fecha o sistema jurídico, assegurando a unidade do Direito. Essa norma fundamental, valorativamente neutra, é o ponto de convergência de todas as normas que compõem o sistema jurídico. Ela é o termo unificador, na linguagem de Bobbio, das normas que integram uma ordem jurídica. Sem uma norma fundamental, as normas constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Vale dizer, por mais numerosas que sejam as normas num ordenamento complexo (segundo Bobbio, o ordenamento jurídico é complexo quando integrado por normas que derivam de mais de uma fonte), tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, todas as normas poderiam ser reportadas a uma única norma⁶⁴.

Essa concepção puramente normativa da Constituição não leva em conta se ela é estabelecida por alguma *vontade política*, ou se reflete os *fatores reais do poder*. Prestigia a Constituição tão somente como um corpo de normas jurídicas básicas, postas como necessárias para viabilizar o desenvolvimento da sociedade e solucionar problemas.⁶⁵

3.4. A concepção cultural (conexão das concepções anteriores)

Tal concepção parte da afirmação do Direito como *objeto cultural*. Ora, para esse sentido de Constituição, se o Direito não é um objeto real, pois os seres reais pertencem ao reino da natureza (como uma pedra ou um rio, por ex.); se o Direito tampouco é um objeto ideal (dessa categoria são as *relações*: igualdade, diferença, metade, dobro, etc.; a *quantidade* e as *figuras matemáticas*: números 1, 2, triângulo, círculo, etc.; e as *essências*: a essência árvore, por ex.), haja vista que os objetos ou seres ideais são imutáveis e existem fora do tempo e espaço, e o conteúdo das normas jurídicas, como

63. COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*, p. 12-14.

64. BOBBIO, Norberto. op. cit., passim.

65. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 18.

se sabe, variam através dos tempos, dos lugares, dos povos e da história; se o Direito também não pode ser entendido como puro valor⁶⁶, uma vez que ele, por meio de suas normas, apenas desempenha um papel de tentar concretizar ou realizar esse valor, com ele não se confundindo, de concluir-se, inquestionavelmente, que – ante as quatro categorias essenciais dos seres, que, segundo recentes pesquisas ontológicas, são os seres *reais*, *ideais*, *valores* e *objetos culturais* – o Direito só pode ser entendido como objeto cultural, ou seja, uma parte da cultura⁶⁷.

E por quê? Porque, assim como a cultura, o Direito é produto da atividade humana. Tudo que existe, ou sucede, por intervenção do homem, e em que se incorpora ou procura incorporar-se um valor, é cultura⁶⁸. A cultura compreende, portanto, as necessidades, os interesses e os instintos do homem ou da própria vida social, sejam de natureza *material* (física, biológica), sejam de natureza *espiritual* (Direito, Moral, Religião, Sentimentos, Idéias, etc.).

É importante ressaltar, como faz Meirelles Teixeira, que a cultura, em qualquer momento histórico, constitui uma 'unidade organizada', no sentido de que todas as partes da cultura, materiais ou espirituais (Economia, Técnica, Ciência, Arte, Usos e Costumes, Direito, Moral, Religião) acham-se em íntima conexão, umas reagindo sobre as outras, numa verdadeira interação causal, todas se articulando e formando um *sistema* ou *unidade*. Assim, conclui o autor que cada parte da cultura considera-se simultaneamente causa e efeito das demais, de maneira que, se a Economia, *v. g.*, influi sobre o Direito, este, por sua vez, reage sobre a Economia.

66. Segundo J. H. Meirelles Teixeira, valores são "qualidades puras", que atribuímos às coisas, às pessoas ou ao comportamento humano (ex.: Bondade, Beleza, Utilidade, Verdade, Moralidade, Justiça, Liberdade, Segurança e Ordem, estes quatro últimos, valores especificamente jurídicos que, em conjunto, passaram a ser denominados por Santo Tomás de Aquino e, hoje, pela filosofia tomista como Bem Comum) e que, apresentando-se como critérios ideais, orientam a norma jurídica, e que esta procura tornar realidade, na conduta humana e nas relações e situações sociais. Poder-se-ia dizer que em toda norma jurídica há uma *intenção valorativa*, isto é, o declarado ou subentendido intuito de realizar valores. (op. cit., p. 60 e 69). Sem discrepar desse entendimento, Paulo de Barros Carvalho, em conferência sobre *O princípio da anterioridade em matéria tributária*, publicada na Revista de Direito Tributário, volume 63, Malheiros, p. 98, afirma, com base na teoria das relações, que valor é uma relação. "É uma relação que se estabelece entre o sujeito do conhecimento e o objeto que ele pretende conhecer." No âmbito dessa relação, entende o citado cientista do Direito que o homem, em função de suas necessidades, acaba atribuindo valores ao objeto contemplado, ou seja, atribuindo qualidades positivas ou negativas a esse objeto. Assim, conclui o mestre que a atribuição de valores se dá em função de necessidades que o homem experimenta frente ao objeto que pretende conhecer.

67. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 58-79.

68. Ibidem, p. 69.

“Existe, assim, uma dinâmica cultural complexa, cujos elementos acham-se todos em relação de causalidade recíproca, ou, na expressão dos sociólogos, em interação, ou em condicionamento recíproco. Cada parte da Cultura é, ao mesmo tempo, condicionada pelas demais, e condicionante destas. Nenhuma parte da Cultura, como acentua Dilthey, se dá isoladamente, ou de modo desconexo, mas sempre em articulação viva e em unidade efetiva com as demais”.⁶⁹

O Direito é cultura porque é criação do homem. Como todo objeto cultural, o Direito (e, obviamente, a Constituição, como a parte mais importante da ordem jurídica) trabalha com dados reais, nos quais procura realizar valores atinentes à Justiça, à Liberdade, à Segurança e à Ordem. Esses dados são essencialmente as vidas individuais (as condutas humanas) e a própria vida social (a estrutura complexa da sociedade). Esses dados da realidade atuam na configuração e no desenvolvimento do Direito. Nesse aspecto, ele é um fato social, uma vez que, como observa Recaséns Siches, por debaixo do ordenamento jurídico vigente, existe uma *realidade*, que o *produz* inicialmente, que o *mantém* depois, e que o vai *reelaborando*, no futuro, de modo constante, *condicionando-o* em todo momento⁷⁰.

Mas o Direito não é só fato social. Como todo objeto cultural, que interage e se condiciona reciprocamente, “o Direito também reage sobre os demais campos culturais, atuando, assim, como fator configurante das outras manifestações culturais, produzindo efeitos sobre a vida individual e social, determinando comportamentos individuais e sociais”⁷¹ (grifado no original).

De conseguinte, o Direito, se por um lado – como fato social – reflete e sintetiza a sociedade, por outro – como norma – procura moldá-la, determiná-la e dirigi-la⁷². O Direito não é, portanto, nem puro *ser* (fato) nem puro *dever ser* (norma), mas sim, ao mesmo tempo, *fato social* e *norma* agindo mutuamente. Nesse contexto, o Direito se define como um acontecimento humano, ou cultural, “consistente em uma forma normativa da vida social, coativamente imposta mediante sanções sociais organizadas, tendo em vista realizar certos valores, especialmente a paz social e o Bem Comum”⁷³ (grifado no original).

A partir dessa concepção culturalista do Direito, chega Meirelles Teixeira ao conceito de Constituição total, segundo o qual a

“Constituição normativa apresenta-se, em primeiro lugar, como expressão da cultura total, em determinado momento histórico, e, em segundo lugar,

69. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 71-72.

70. *Apud* TEIXEIRA, J. H. Meirelles. p. 74.

71. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. p. 75.

72. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. p. 75.

73. *Ibidem*, p. 77.

como elemento configurante das demais partes da Cultura influenciando sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação”⁷⁴ (grifado no original).

Esse conceito de Constituição total, se atentarmos bem, reúne, numa *perspectiva unitária*, aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos. Enfim, para a concepção culturalista – considerada por Meirelles Teixeira como a mais exata, por afastar a unilateralidade e o isolamento das concepções puramente sociológicas, políticas e jurídicas –, Constituição é um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político⁷⁵.

Pelas várias concepções estudadas, é fácil perceber as dificuldades de conceituar a Constituição. A pluralidade de significados e a preferência em enfatizar, de um lado, o aspecto descritivo dos fenômenos sociais constitutivos das relações de poder ou, de outro, o conjunto de normas fundamentais, que regem ou visam reger essas mesmas relações, leva a uma tipologia dos conceitos de Constituição. Devemos, porém, confessar que a concepção de Constituição como *fato cultural* é a melhor que desponta na teoria da constituição, pois tem a virtude de explorar o texto constitucional em todas as suas potencialidades e aspectos relevantes, reunindo em si todas as concepções – a sociológica, a política e a jurídica – em face das quais se faz possível compreender o fenômeno constitucional.

Assim, um conceito de Constituição “constitucionalmente adequado” deve partir da sua compreensão como um *sistema aberto de normas em correlação com os fatos sociopolíticos*, ou seja, como uma conexão das várias concepções desenvolvidas no item anterior, de tal modo que importe em reconhecer uma interação necessária entre a Constituição e a realidade a ela subjacente, indispensável à sua força normativa.

De feito, não é adequado conceber a Constituição do Estado como um mero fato social. A Constituição não se reduz aos *fatores reais do poder* que regem uma sociedade, ou seja, a um produto das infra-estruturas sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); ela não existe, pois, tão somente para refletir as relações de poder efetivamente existentes em determinada comunidade política. A eficácia da Constituição não pode depender simplesmente

74. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 77.

75. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. p. 78.

da força determinante das relações fáticas, pois a “idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”.⁷⁶ Todavia, não há negar a valiosíssima contribuição – e esse é o seu grande mérito – da sociologia jurídica para a construção do conceito de Constituição, por haver chamado a atenção dos juristas para a íntima relação existente entre o Direito (e, por óbvio, a Constituição, como sua expressão máxima) e a realidade social e política, e advertir que a Constituição deve ser entendida em face dessa realidade a que se destina, “a fim de evitar-se o que Oliveira Vianna denominou o ‘idealismo’ das Constituições brasileiras e o fracasso de muitas instituições, com a conseqüente instabilidade política e social (...)”.⁷⁷ Na apropriada consideração de Pinto Ferreira, o “meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social”⁷⁸, e, por isso mesmo, não se deve desprezá-lo.

Por outro lado, não é dado também limitar o conceito de Constituição a uma *decisão política fundamental*, fruto de uma *vontade política* consciente de existir (de certo modo e de certa forma) da unidade política. É verdade que essa concepção política de Constituição teve o mérito de enaltecer a importância do Poder Constituinte como expressão suprema da vontade política da Nação, mas isso não pode implicar a redução do conceito de Constituição a apenas esse aspecto.

E, finalmente, não é escorreito enclausurar o conceito de Constituição a uma fortaleza puramente jurídica, afastando-a da base empírica que a produziu. A Constituição não pode ser entendida apenas como norma pura, limitada exclusivamente a um enfoque normativo, sem a mínima correspondência com a realidade social e política que visa regular. Ela não é uma norma jurídica cega, indiferente a essa realidade, apática às relações de poder efetivamente existentes em determinada comunidade política. A Constituição não está desvinculada da realidade histórico-concreta de seu tempo. Ela só não está condicionada, simplesmente, por essa realidade⁷⁹. A Constituição deve ser considerada, assim, como “uma entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da sociedade, e só assim é que cumpre seu papel regulador”.⁸⁰

76. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 11.

77. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 52.

78. *Curso de Direito Constitucional*, p. 08.

79. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 25.

80. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 07.

O Direito não dispõe de força para produzir substâncias novas. Essa força encontra-se apenas na natureza das coisas. Ele é capaz tão somente de dar forma e modificação à matéria disponível, conferindo-lhe estímulo e procurando dirigi-la. Assim, a Constituição não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica, ignorando a realidade da vida histórico-concreta do seu tempo, sob pena de permanecer “eternamente estéril” e sucumbir ante as forças sociais da realidade. O descompasso entre a Constituição e a realidade acarretará a chamada *ilusão constitucional*⁸¹. Por isso mesmo, afirma Wilhelm Humboldt que as

“Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las”.⁸²

E prossegue, para advertir que toda

“Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência”.⁸³

Konrad Hesse, atento a essa realidade, afirma que a Constituição

“não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. (...) Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade; onde inexistia força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”.⁸⁴

E conclui Hesse advertindo que uma Constituição somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. É o princípio da necessidade que a ela empresta eficácia e prestígio.⁸⁵

81. Segundo Pinto Ferreira, a expressão *ilusão constitucional* foi empregada pela primeira vez por Marx na *Nova Gazeta Renana* (*Neue Rheinische Zeitung*, 14 de ago. 1842) e incorporada ao arsenal filosófico do marxismo: “Dá-se o nome de *ilusão constitucional* ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada, legal, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 11).

82. *Ideen der Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt* (1791), *Ges. Schriften*, organizado pela Preussische Akademie der Wissenschaften I (1903), p. 78. *Apud* K. Hesse, *A força normativa da Constituição*, p. 17.

83. *Ibidem*, p. 99. *Apud* K. Hesse, op. cit., p. 17-18.

84. *A força normativa da Constituição*, p. 18.

85. *Ibidem*, p. 18.

Para irradiar a sua força ativa, motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade, ou seja, para produzir e manter a sua *força normativa*, a Constituição deve interagir com a realidade político-social, num condicionamento recíproco. Nesse sentido, assegura Bachof⁸⁶ que a permanência de uma Constituição depende fundamentalmente de sua aceitação e integração à comunidade, que ela mesma constitui. A Constituição deve ser compreendida, simultaneamente, como *ordem normativa* e *ordem real* em constante tensão, ou seja, como uma ordem normativa que interatua com o domínio da realidade. Como ressalta Hesse a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, pois a sua essência reside na sua *vigência*, vale dizer, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Assim, segundo o autor,

"Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".⁸⁷

Após, prossegue Hesse para concluir que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, pois significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Assim, graças à sua pretensão de eficácia, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social para a qual foi elaborada.

"Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas".⁸⁸

É inquestionável, por conseguinte, que a Constituição e a realidade histórico-concreta de seu tempo estão em uma constante relação de coordenação, condicionando-se mutuamente. Isso significa que os juízes e tribunais, quando desenvolvem a ação de interpretação e aplicação da norma

86. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, p. 11.

87. *A força normativa da Constituição*, op. cit., p. 14-15.

88. *A força normativa da Constituição*, op. cit., p. 15.

constitucional, devem ter em mente que essa norma encontra sentido em certas realidades e em certos valores, uma vez que sempre existe uma realidade que proporcionou sua produção, assim como existem valores que, por meio dela, intentam realizar-se. Ou seja, se de um lado a Constituição reflete a realidade social, de outro procura moldá-la e dirigi-la⁸⁹. Cabem, portanto, ao jurista e aos juízes e tribunais solucionar essa constante tensão entre a Constituição jurídica e a Constituição real. Nesse sentido, pode-se afirmar, com José Adércio Leite Sampaio, que

"A jurisdição constitucional pressupõe e reforça, portanto, a Constituição como norma jurídica (dimensão jurídica) e a ordem como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial), resultando, ao fim, num produto complexo que remove o texto um passo à distância anterior, reconduz as forças sociais e políticas a um novo equilíbrio instável e mantém – reproduz – aceso o mito ou símbolo da unidade do povo".⁹⁰

Foi por esse motivo que W. Kāgi, defendendo a conexão necessária entre *Constituição* e *jurisdição constitucional* no constitucionalismo contemporâneo, averbou: "diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens".⁹¹

O próprio Kelsen, talvez inconscientemente, admite uma certa interação entre a norma e a realidade. Com efeito, sustenta o autor da Escola de Viena que a vigência da norma pertence à ordem do *dever ser*, e não à ordem do *ser*, devendo, por essa razão, distinguir-se entre a vigência da norma (ordem do *dever ser*) e sua eficácia (ordem do *ser*), isto é, do fato real de ela ser realmente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos⁹². E arremata: "Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida". Assim, uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, ou seja, uma norma que não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma vigente. "Um mínimo de eficácia (...) é condição da sua vigência".⁹³ Ora, se isso é verdade, a norma (ordem do *dever ser*) age mutuamente com a realidade (ordem do *ser*)!

89. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, p. 27.

90. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 19-20.

91. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, p. 147, apud J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 828.

92. Op. cit., p. 11.

93. Op. cit., p. 12.

Não se pode negar, virando as costas para a realidade, essa interação ou esse condicionamento recíproco entre a Constituição e os fatores – materiais e espirituais – da sociedade responsáveis pela sua germinação, e demandantes de sua regulação, uma vez que, como alude, de modo sensato, Meirelles Teixeira, percebe-se, “no fenômeno constitucional e na norma jurídica em geral, algo que é, ao mesmo tempo, produzido pela sociedade, mas que se apresenta capaz também de influir sobre ela, modificando-a, disciplinando-lhe as forças em luta”.⁹⁴ Jorge Miranda é de posição semelhante, quando afirma que a Constituição é elemento conformado e conformador das relações sociais. Ela reflete a formação, as crenças e, enfim, as condições econômicas de uma sociedade e, ao mesmo tempo, imprime-lhe caráter e funciona como princípio de organização, dispondo sobre os direitos dos indivíduos e dos grupos.⁹⁵

Hermann Heller, atento a essa irrecusável realidade e defendendo a relação dialética *normatividade/normalidade*, nega validade a toda e qualquer *normatividade* que não encontre a devida e necessária correlação com a *normalidade*. Isso porque, segundo o autor alemão, a Constituição só pode ser concebida como produto normatizado da normalidade social. Assim, como

“situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para eles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual, do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas”.⁹⁶

Em seguida, finda Heller seu raciocínio afirmando que a Constituição estatal, assim nascida, “forma um todo em que aparecem completando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e extrajurídica”.⁹⁷

Em reforço a essa posição, José Afonso da Silva afirma que a Constituição deve ser concebida em correlação com a realidade político-social, ou seja, como uma conexão de sentidos. Assim, será compreendida no seu aspecto normativo, mas não como norma pura, e sim “como norma em sua conexão

94. Op. cit., 58.

95. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, p. 67.

96. *Teoria do Estado*, p. 296.

97. *Teoria do Estado*, p. 302.

com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”.⁹⁸ Segundo ele, não se logrará obter o sentido jurídico de uma Constituição, se a apreciarmos desvinculada da totalidade da vida social, sem conexão com a realidade produzida na comunidade.⁹⁹

Este autor ministra um conceito jurídico de Constituição estatal, advertindo, contudo, que esse conceito não expressa senão uma idéia parcial de sua noção, porque a toma como algo desvinculado da realidade social. Destarte, para ele, Constituição estatal é a lei fundamental do Estado, responsável pela organização de todos os elementos essenciais deste. A dizer, um complexo articulado de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, de seu governo, o modo de aquisição do poder e de seu exercício, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.¹⁰⁰

De opinião idêntica, Pinto Ferreira aduz que a Constituição se modela por interferência de fatores desenvolvidos na sociedade, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de forças produtivas, uma série de circunstâncias econômicas e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével.¹⁰¹ Após, esse autor conceitua a Constituição estatal como uma lei fundamental do Estado, ou seja, uma ordem jurídica fundamental, que se baseia no ambiente histórico-social, econômico e cultural, onde a Constituição mergulha as suas raízes. “As Constituições são, assim, documentos que retratam a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas que agem sobre a organização dos Estados”.¹⁰²

Os textos constitucionais – insiste o autor pernambucano em sua outra valiosa obra – “são uma fotografia em miniatura da paisagem social. Decalques rigorosos das contradições dialéticas da sociedade, que se consubstanciam numa fórmula de compromisso e harmonia da sociedade, que é a Constituição”.¹⁰³ As Constituições devem ser entendidas como documentos que retratam fielmente a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas que agem sobre a organização dos Estados.¹⁰⁴

98. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 41.

99. Ibidem, mesma página.

100. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 39-40.

101. FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 08.

102. Ibidem, p. 09.

103. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 65.

104. Idem, *Curso de Direito Constitucional*, p. 09.

Enfim, a Constituição deve necessariamente refletir as características mais notáveis da sociedade que pretende regular, numa harmônica correlação: extrai da sociedade o seu substrato material e espiritual (a matéria disponível) e procura ordená-lo, dirigi-lo e motivá-lo. Pensar diferente é como pretender – exemplifica sabiamente André Ramos Tavares – adotar a Constituição de um país árabe para o povo norte-americano ou vice-versa¹⁰⁵.

Assim, um conceito adequado de Constituição, mais uma vez invocando Konrad Hesse, só pode ser concebido a partir da incumbência e da sua função na realidade da vida histórico-concreta¹⁰⁶. Ou seja, para o autor, somente uma Constituição que se vincula e interage a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se¹⁰⁷. Assim, para um conceito de Constituição, aparecem como objetivos inescusáveis a unidade política e a ordem jurídica. É a Constituição que permite identificar o Estado como unidade política.

Segundo Hesse, deve-se perseguir a unidade política do Estado, uma vez que o Estado não pode ser dado como suposto, como algo preexistente. O Estado só adquire realidade “en la medida en que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana, en la medida en que se consigue producir unidad política”.¹⁰⁸ Percebe-se, de logo, que não se trata de unidade estática e abstrata de uma imaginada pessoa jurídica estatal. A unidade política, ao contrário, deve ser entendida como uma

“unidad de actuación posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo funcional. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar y se cumplan decisiones vinculantes, para que, en definitiva, exista ‘Estado’ y no anarquía o guerra civil”¹⁰⁹ (grifado no original).

Essa unidade política não significa ausência de diferenças sociais e políticas. Ao revés, não se imagina dita unidade sem a presença e relevância de conflitos na convivência humana. Conflitos que devem ser regulados e resolvidos pela Constituição.

105. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 08.

106. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 08.

107. *A força normativa da Constituição*, p. 16.

108. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 08.

109. *Ibidem*, p. 09.

Com o crescimento das necessidades da vida moderna, em face das exigências ditadas pelos fatores econômicos, sociais e culturais, o homem passou a depender cada vez mais do Estado para sobreviver e conviver. As tarefas do Estado ampliaram-se. A unidade política necessita, agora, de uma ordenação, ou seja, de uma ordem jurídica capaz de garantir a convivência humana e a permanência da própria unidade. A Constituição surgiu, assim, para organizar essa unidade política e essa ordem jurídica. Nessa perspectiva, a Constituição, para HESSE, é uma ordem jurídica fundamental da comunidade. Como tal, ela

“fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución ‘el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad.’”¹¹⁰

Destacando esse importante conceito – que merece a acolhida deste *Curso*, porque em coerência com todas as considerações aqui tecidas – a Constituição é concebida por Hesse como: a) uma ordem jurídica fundamental da comunidade; b) que determina os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e se devem atribuir as tarefas ou deveres do Estado; c) que regula o processo de solução de conflitos dentro da comunidade; d) que ordena a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal, e e) cria os fundamentos e normatiza os princípios da ordem jurídica global. Em suma, a Constituição é o plano estrutural básico para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais.

Enquanto ordem jurídica fundamental da Comunidade – ressalta Hesse – a Constituição não se limita à ordenação da vida estatal, estendendo-se, outrossim, a domínios não estatais. Suas normas também se destinam a garantir a educação, a arte, a ciência, a família, a propriedade e o matrimônio¹¹¹. Por outro lado, a Constituição é *incompleta, imperfeita e aberta*, pois, segundo o mesmo autor, o texto constitucional “no es ordenación de la totalidad de la cooperación social-territorial”.¹¹² A Constituição deixa propositamente abertas algumas questões, a fim de propiciar certo espaço para confrontação e decisão política (ex.: constituição econômica). Ademais, tal

110. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 16-17.

111. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 17.

112. *Ibidem*, p. 18.

abertura é necessária ante o fato de ser a Constituição um conjunto normativo que se destina a regular as relações de vida historicamente cambiantes, pois se “la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas historicamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente ‘abierto al tiempo’”.¹¹³

A *teoria da constituição aberta* de Konrad Hesse pretende afastar a *Fundamental Law* de uma espécie de “totalitarismo constitucional”, que consiste na codificação global e detalhada das matérias constitucionais e na rigidez absoluta do normativo constitucional. Muito embora aberta e incompleta, a Constituição não se dissolve numa dinâmica total, em virtude da qual se veja incapaz de orientar e ordenar a vida da Comunidade. A sua força normativa é assegurada. Ademais, “La Constitución no se limita a deja abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto”.¹¹⁴

Conforme acentua Hesse, “não abertos” devem permanecer, em primeiro lugar, os fundamentos da ordem da comunidade (os princípios diretores, de acordo com os quais se deve formar a unidade política e exercer as tarefas estatais, e os princípios vinculantes da ordem jurídico-global, que já não se discutem mais, criando, em torno deles, um núcleo estável). Também “não abertas” devem-se considerar a estrutura do Estado e o processo segundo o qual se deve decidir as questões deixadas “em aberto” (criação de órgãos, definição de competência, funções, responsabilidade e controle recíproco).

Da conciliação entre domínios *abertos* e *não abertos*, conclui Hesse que, tanto “por medio de lo que deja abierto como por medio de lo que no deja abierto, la Constitución produce esos efectos en los que se cifra su función en la vida de la Comunidad”.¹¹⁵ Em face disso, assegura que o Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão políticas; proporciona os pontos de direção e orientação da política, mas sem substituí-la. A função da Constituição é, assim, possibilitar e garantir um processo político livre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar e de limitar o poder e assegurar a liberdade individual.

Essa abertura e incompletude da Constituição permitem uma certa dose de flexibilidade, indispensável ao contínuo desenvolvimento político. Mas adverte Hesse que, muito embora aberta e incompleta, a Constituição não perde a sua força normativa. Assim, na sua visão escorregadia, uma Constituição, para ser duradoura e realizável, deve conciliar sua *abertura ao tempo* com sua *estabilidade jurídica*.

113. Ibidem, p. 19.

114. Ibidem, p. 19.

115. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 21.

Segundo Canotilho, a Constituição, ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (*incompletude material*), ao optar por uma técnica normativa de normas jurídicas abertas (*estrutura aberta das normas constitucionais*), e ao aceitar a mudança constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (*abertura ao tempo*), converte-se em instrumento democrático, que proporciona as confrontações e decisões políticas¹¹⁶. Para o mesmo autor, comentando a teoria da constituição aberta de Konrad Hesse, a *abertura constitucional* implica no entendimento de que: a) a Constituição não é nem se deve considerar um sistema logicamente fechado; b) a Constituição pressupõe, em larga medida, uma *mediação política*, situando-se os comandos normativos dentro de uma certa *reserva do possível*; c) uma Constituição democrática oferece espaço para diferentes variáveis de conformação política, embora esta conformação não se possa entender normativo-constitucionalmente desvinculada¹¹⁷.

Todavia, é necessário ressaltar, na esteira da apropriada advertência de Canotilho, que essa abertura da Constituição não pode significar redução total do espaço de *conformação política* das instâncias decisórias, derivada do enriquecimento material e programático do texto constitucional. Diretivas materiais, fins e programas de ação constituem exigências de uma Constituição aberta aos problemas políticos, sociais e econômicos. A Constituição perderia a sua legitimidade se importantes domínios sociais e econômicos continuassem esquecidos ou fossem deixados conscientemente abertos à evolução da política e dos tempos. O Estado de Direito Democrático, materialmente cunhado, voltaria a ser casca vazia de conteúdos alternantes e arbitrários da política¹¹⁸.

Essa abertura é necessária na exata medida em que propicia o jogo político indispensável ao desenvolvimento da unidade política do Estado e da ordem jurídica. A Constituição não é um simples instituto de proteção das relações existentes, antes se deve compreendê-la como Constituição de uma sociedade em devir, que indica as mudanças e conformações do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica¹¹⁹. A Constituição é, a um só tempo, uma ordem fundamental aberta da comunidade e um programa de ação.

116. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 147.

117. Ibidem, p. 148.

118. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 149.

119. Cf. Bäumlin, *Lebendige oder gebändigte Demokratie*, p. 81, apud J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 102.

Do exposto, vislumbra-se necessária uma teoria da constituição atenta à realidade constitucional na qual se insere uma Constituição, e às transformações econômicas, políticas e sociais; é necessária uma teoria da constituição que forneça subsídios e elementos suficientes para a elaboração de um conceito de Constituição “constitucionalmente adequado”; é necessária, em suma, uma teoria da constituição que permita extrair do texto constitucional todas as suas potencialidades normativas e toda a sua força ativa condicionadora, ordenadora e motivadora da vida política e social. E isso só será possível no domínio de uma teoria “jurídica” da Constituição de um Estado Constitucional Democrático de Direito, aberta à dinâmica social e que logre, conseqüentemente, interagir com a realidade histórica de seu tempo. Daí resulta uma constatação óbvia: não há uma só teoria da constituição, mas sim várias teorias da constituição, de modo que uma definição adequada de Constituição só é possível a partir de sua inserção e função na realidade histórica.

Conscientes desse propósito e atentos à realidade político-social, podemos conceituar a Constituição – sem discrepar dos conceitos aqui prestigiados, sobretudo o ministrado por Hesse, que foi suficientemente abordado – como a *ordem jurídica global e fundamental, constitutiva do Estado e da Sociedade*. Assim, enquanto *ordem jurídica fundamental*, ela é *norma jurídica suprema e estável, que desenvolve ação conformadora e vinculante das relações de poder, funcionando como fundamento último de validade das demais normas do ordenamento jurídico, e que reflete as aspirações concretas da sociedade de seu tempo, estando aberta a outros reclamos sociais que surgirem, e pré-ordenando-se a realizá-los no presente e no futuro*. Como *ordem jurídica global constitutiva do Estado*, ela é responsável pela disciplina básica de todos os seus elementos essenciais (governo, povo, território e fins), dispondo sobre as formas de Estado e governo, os seus fins e tarefas, o regime político, os órgãos do poder político, os seus limites, as suas atribuições e o modo de sua aquisição e seu exercício. Como *ordem jurídica global da Sociedade*, consagra, em catálogo irredutível, os direitos e garantias fundamentais, necessários à convivência e à dignidade humana, e apresenta-se capaz de solucionar os problemas sociais básicos, formulando os fins sociais mais significativos para a realização material da igualdade e das liberdades fundamentais.

O conceito ora formulado preserva o núcleo essencial e permanente de toda Constituição, que lhe confere a dimensão de norma estruturante do Estado e da Sociedade. Percebe-se nele, que a Constituição é *expressão aberta da realidade concreta da sociedade*, mas que, graças ao seu dado normativo, ela ordena e conforma essa mesma realidade, numa mútua relação, indispensável à manutenção de sua força normativa.

Mas a força normativa da Constituição não se resume, como acentua Hesse, à sua adaptação inteligente a uma dada realidade.

“A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”¹²⁰ (grifado no original).

Isso aponta, evidentemente, para a constatação (aliás, óbvia) de que, para ser real e efetiva, não é suficiente que uma Constituição seja válida no sentido jurídico. É necessário que seja observada fielmente por todos os interessados e que esteja integrada à sociedade, e a sociedade integrada a ela. Só nesse caso se há de falar em constituição normativa¹²¹.

É inegável, na senda de Hesse, que a força normativa da Constituição depende do fato de ela atuar, determinante e regulativamente, na realidade da vida histórica. Mas isso não nega a afirmação de Canotilho de que a dimensão da Constituição como “tarefa” e “programa de ação”, impõe a realização de seus preceitos, independentemente da sua eventual não conformidade com a realidade constitucional¹²².

Uma Constituição, portanto, só cumprirá fielmente a sua função motivadora, ordenadora e conformadora da vida do Estado e da Sociedade, desde quando se transformar em *força ativa*, e isso só será possível no momento em que os partícipes do processo político-constitucional – sobretudo o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional – se conscientizarem do seu papel de tutores das expectativas sociais e, com *vontade de Constituição*, façam do texto magno – que *deve ser qualquer coisa de mais sagrado*, utilizando uma afirmação de Lassalle – uma realidade viva e democrática. Enfim, façam dela uma *Constituição normativa plena*, que não só possa, como seja integralmente efetivada, pois, como assinala Pablo Lucas Verdú, “no basta *tener*

120. A Força Normativa da Constituição, p. 19.

121. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 217.

122. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 120.

Constitución porque es menester *estar* en ella".¹²³ A não ser assim, ela está fadada a reduzir-se a uma constituição nominal e semântica¹²⁴.

A busca da plena efetividade constitucional não é tarefa fácil. Depende, não raro, da construção – por uma dogmática jurídico-constitucional transformadora, progressista e emancipatória, e à luz de um direito fundamental à efetivação da Constituição –, de categorias jurídicas suficientes que garantam, em todos os sentidos, a supremacia da Constituição, para protegê-la, não só da atuação lesiva, mas, sobretudo, da não atuação indevida dos órgãos do poder público.

Pode-se dizer que essa supremacia encontra-se hoje inabalável, devido à criação de uma categoria jurídico-operacional da mais alta relevância, que só veio a reforçar a idéia de normatividade plena da Constituição e a ensejar um eficiente e integral controle judicial dos atos omissivos do poder público: a inconstitucionalidade por omissão.

Em suma, para manter a sua força normativa e lograr realizar a sua pretensão de eficácia, a Constituição deve ser concebida como um sistema aberto de normas, que simultaneamente conforme e seja conformada pela realidade a que se dirige. E quando concebemos a Constituição como um

123. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 44. Este autor faz uma comparação de sua posição com a conhecida classificação ontológica das Constituições de Loewenstein. Assim, diz o autor que os países que contam com a constituição normativa "tienen y están en Constitución"; os países que contam com a constituição nominal "sólo tienen Constitución" e os países que contam com a constituição semântica "no tienen ni están en Constitución" (p. 45).

124. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 216-222. Este autor alemão estabeleceu uma classificação "ontológica" das Constituições segunda a sua eficácia em face da realidade: constituição normativa (com valor jurídico), constituição nominal (sem valor jurídico, uma constituição de fachada) e constituição semântica (utilizada apenas para justificar juridicamente o exercício autoritário do poder, como, por ex., a Constituição brasileira de 1937). Segundo Loewenstein, a Constituição normativa é aquela cujas normas dominam o processo político, ou seja, logram submeter o processo político à observância e adaptação de seus termos. Utilizando uma expressão da vida cotidiana, diz o autor: "la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente" (p. 217). A Constituição, por outro lado, será qualificada de nominal, se a dinâmica do processo político não se adaptar às suas normas, ou seja, quando não houver uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo político. Isso se deve, acentua Loewenstein, provavelmente ao fato de que a decisão que conduziu à promulgação da Constituição foi prematura, de modo que a esperança, nada obstante, persiste de que, cedo ou tarde, a realidade da vida política corresponda ao modelo fixado na Constituição, convertendo-se em Constituição normativa. Já aqui, diz o autor, "el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido" (p. 218). Finalmente, a Constituição semântica é aquela que em "su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentores del poder fácticos que disponen del aparato coactivo del Estado". A Constituição semântica, ao invés de ser concebida como um instrumento de limitação do poder, apresenta-se como um instrumento a serviço do poder, de modo a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fácticos do poder político. Nesse tipo de Constituição, "el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz" (p. 218-219).

sistema aberto de normas, estamos afirmando que as normas constitucionais devem efetivamente interagir com a realidade social. Assim, a título de exemplo, a Constituição brasileira de 1988 coaduna-se perfeitamente com a realidade histórica de seu tempo, devido à transformação que ela implementou no Estado para atender aos reclamos da sociedade na área dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, como resultado das já intoleráveis discriminações regionais e sociais que debilitavam a dignidade da pessoa humana. Isto explica o tratamento especial que a Carta Fundamental deu a esses direitos, catalogando-os logo no início de suas disposições (Título II), precedentemente às normas sobre a organização do Estado e dos Poderes (Títulos III e IV), além de fixar cláusula de abertura material (art. 5º, § 2º) e de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º).

4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Todas as normas constitucionais das Constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de *normas jurídicas*, ou seja, são *normas providas de juridicidade*, que encerram um *imperativo*, vale dizer, *uma obrigatoriedade de um comportamento*. São, pois, verdadeiras normas jurídicas. É certo, porém, que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não-jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem. Não existe norma constitucional destituída de eficácia: todas elas irradiam efeitos jurídicos, já ressaltava de há muito o grande Ruy Barbosa, de tal sorte que, segundo o ilustre baiano, "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos".¹²⁵

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua *supremacia* em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é *particularmente suprema*, ostentando posição de preeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja

125. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. 2, p. 475 e ss.

quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material). Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a idéia de que a Constituição é suprema em razão da *natureza de suas normas*, na medida em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam¹²⁶. Dediquemo-nos, em linhas que se seguem, um pouco mais à supremacia da Constituição no sistema normativo.

Kelsen, com a sua clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica, concebeu o Direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas. Segundo o jusfilósofo, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas dispostas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes degraus ou camadas de normas jurídicas¹²⁷. Na cúspide dessa ordem jurídica encontra-se a Constituição, considerada o *fundamento supremo* de validade de todas as normas jurídicas. Assim, na ordem jurídica nacional, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado¹²⁸. E isso implica, segundo o magistério de Bidart Campos, as seguintes consequências:

"a) la constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) la constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella; d) la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella".

Assim, em face de sua supremacia, todas as manifestações normativas, em um Estado de Direito, devem estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela, de tal sorte que "Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anti-constitucionalidad o inconstitucionalidad"¹²⁹.

A noção de supremacia é inerente à noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique a idéia de uma norma fundamental,

126. GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. 'A Constituição e sua supremacia'. In: *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, p. 101.

127. *Teoria Pura do Direito*, p. 247.

128. *Ibidem*, p. 247.

129. CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, p. 37-38.

de uma *Fundamental Law*, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico.

Ela se destaca numa ordenação jurídica estatal, consoante anota Gomes Canotilho, como uma Lei Suprema, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana. A idéia de constituição como norma reguladora da produção jurídica (*superlegalidade formal*) justifica a tendencial *rigidez* das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, 'agravadas' ou 'reforçadas' relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade substancial* de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as regras e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (*superlegalidade material*). Da conjugação destas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a idéia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais¹³⁰.

A supremacia da Constituição conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade, ainda segundo o autor de Coimbra, implica em que: a) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); b) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas, e c) a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição¹³¹.

A idéia de supremacia constitucional não escapou à percutiente análise de Eduardo García de Enterría que, em lúcida explanação, assevera que a Constituição não é somente uma norma,

130. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 826.

131. *Ibidem*, p. 1074.

"sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las 'normas de producción', la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se base, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias (...). Esta Idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada 'rigidez' de la norma constitucional, que la asegura una llamada 'superlegalidad formal', que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (...). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una 'superlegalidad material', que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa"¹³² (grifado no original).

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *Todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo*. Essa compatibilização deve ser *formal*, no sentido de que devem estar de acordo com o modo de produção legislativo traçado na carta maior; e *material*, de modo que o conteúdo desses atos guarde harmonia com o conteúdo da lei magna¹³³. Assim, a superioridade jurídica da Constituição implica, na prática brasileira, a *revogação* de todas as normas anteriores com ela materialmente contrastantes e a *nulidade* de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência¹³⁴.

É importante ressaltar, todavia, que a superioridade hierárquico-normativa da Constituição só se coaduna com as chamadas Constituições rígidas.

132. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 49-50.

133. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 48.

134. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 150.

Vale dizer, a supremacia constitucional somente se verifica onde exista uma Constituição rígida. Isso porque, como de entendimento convencional, a Constituição rígida se caracteriza por demandar um processo especial para alteração de suas normas, que se apresenta distinto, mais solene e excessivamente mais complexo e mais difícil do que aquele previsto para a elaboração das leis comuns, distinguindo-se das chamadas Constituições flexíveis, por se contentarem estas com o idêntico processo de reforma e elaboração das leis ordinárias, ou seja, por se submeterem a um processo de reforma coincidente com o modo de produção da legislação comum, inexistindo, pois, relativamente às Constituições flexíveis, qualquer diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional. Assim, pode-se afirmar que, em face da supremacia das Constituições rígidas, que pressupõe um escalonamento entre as entidades normativas, existem normas constitucionais (superiores) e normas infraconstitucionais (inferiores).

Onde não houver lugar para essa diferença, evidentemente não haverá espaço para a rigidez constitucional, pois, segundo aponta o saudoso mestre Raul Machado Horta, não se põe dúvida que uma das principais conseqüências da rigidez constitucional é a de reforçar, elevando-a ao máximo, a idéia de supremacia constitucional, de modo que ao *conteúdo político* das Constituições escritas, a rigidez acrescenta *conteúdo jurídico*. Assim, a Constituição passa a ser a fonte primária e o parâmetro obrigatório do ordenamento jurídico, impondo a *hierarquização* das normas, ordenando-as em duplo grau: no topo, postam-se as normas constitucionais; em escala descendente, as normas ordinárias ou infraconstitucionais. A norma infraconstitucional, que fere norma constitucional, torna-se norma inconstitucional, írrita e absolutamente nula. À rigidez constitucional é correlativa a noção de supremacia constitucional¹³⁵, que encontra a sua garantia máxima no controle de constitucionalidade.

Burdeau refere-se à supremacia material ao lado da supremacia formal, para reconhecer a primeira nas Constituições flexíveis e nas costumeiras. Mas como esclarece José Afonso da Silva, o reconhecimento de uma supremacia material nas Constituições flexíveis e nas costumeiras só tem sentido do ponto de vista sociológico, assim como se pode reconhecer a estas Constituições uma rigidez sócio-política. Porém, adverte o autor, "do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário"¹³⁶.

135. *Direito Constitucional*, p. 125.

136. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 48.

E a supremacia da Constituição se justificaria, como bem salienta Maria Helena Diniz, para manter a estabilidade social, bem como a rigidez de seus preceitos, pressupondo a existência de meios de defesa encarregados da 'guarda da Constituição', o que se verifica através do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos jurisdicionais¹³⁷.

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas¹³⁸, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado.

Importa destacar, outrossim, que a supremacia da Constituição não só impõe que toda atuação do poder público se conforme, material e formalmente, com os preceitos e diretrizes por ela estabelecidas, como também determina – em face da hodierna categoria jurídico-constitucional da inconstitucionalidade por omissão, o que só reforça mais ainda sua imperatividade – que o poder público obrigatoriamente atue quando para tanto foi exigido. A supremacia constitucional ficaria comprometida – e, de resto, toda ordem jurídica – se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Em consequência disso, todos os órgãos do Poder Político – Legislativo, Executivo e Judiciário – acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e tarefas impostas pelo texto magno. Com efeito,

“A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.”¹³⁹

A vinculação da Constituição e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que impõe uma “fuerza vinculante bilateral

137. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 15.

138. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...*, op. cit., p. 152. Essa idéia partiu do abade Emmanuel Joseph Sieyès que, no seu revolucionário opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, defendeu a tese de que a Constituição extrai o fundamento de sua supremacia no poder constituinte.

139. ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00.

de la norma”¹⁴⁰, isto é, que vincula tanto os órgãos do Poder Político como os cidadãos. Assim, “tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema (direitos individuais, poderes públicos) tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir”.¹⁴¹ Como Lei, e Lei Fundamental, ela é elaborada para ser aplicada, efetivada e para ser respeitada e cumprida, quer imponha uma abstenção (*non facere*) ou uma atuação (*facere*) do Estado, ou mesmo de outra pessoa. A Constituição não recomenda, mas sim ordena, e o que ela determina é para se cumprir, máxime no que se refere a condutas das quais dependa a viabilidade do exercício de direitos fundamentais por ela declarados¹⁴².

Tudo isso porque a Constituição deve ser preservada, não só por si mesma, mas porque é a maneira encontrada de se resguardarem os mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade, alcançados por esta e alcançados num corpo jurídico, como resultado de um longo evoluir histórico¹⁴³. Do que se conclui que a supremacia da Carta Magna, sem dúvida, é uma exigência do povo, titular absoluto do poder constituinte que a originou e uma garantia de sua autodeterminação.

Ora, em coerência com o conceito contemporâneo de Constituição, como um sistema jurídico aberto de normas fundamentais (princípios e regras), na medida em que se manifesta em interação com a realidade social, conformando-a e sendo por ela conformada, e se a Constituição, em razão disso, também é depositária dos reclamos da sociedade e emissora dos valores eleitos por essa mesma sociedade, a supremacia da Constituição apresenta-se, com efeito, não só como uma exigência do discurso científico, mas também como uma necessidade democrática.

Assim,

“o poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e

140. ENTERRÍA, Eduardo García de. op. cit., p. 49.

141. GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*, p. 95.

142. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53.

143. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 09-10.

desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”¹⁴⁴

5. A UNIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Um ordenamento jurídico só pode ser concebido como um conjunto de normas. Vale dizer, é condição de existência de uma ordem jurídica a concorrência de normas. Não obstante a pluralidade de normas jurídicas que abrange, o ordenamento constitui uma *unidade*, quer porque suas normas nascem de mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo)¹⁴⁵.

É a Constituição, portanto, como fonte máxima de produção de todo o Direito e último fundamento de validade das normas jurídicas, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. Mas ela própria representa uma unidade normativa, um sistema unitário de normas, enquanto ordem unitária da vida política e social da ossatura estatal. Isso implica em afirmar que toda Constituição deve ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores¹⁴⁶. Essa unidade normativa pressupõe a *inexistência* de hierarquia normativa ou formal entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípios e normas-regras, uma vez que as normas constitucionais são frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente¹⁴⁷. Vale dizer, têm a mesma fonte e o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário.

Todas as normas constitucionais, portanto, independentemente de sua categoria, seja material ou formal, princípio ou regra, programática ou não, têm idêntica hierarquia *formal-normativa*¹⁴⁸ e exercem a mesma força nor-

144. ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

145. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 48-49.

146. PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 25.

147. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...*, op. cit., 187.

148. Sem embargo, é possível reconhecer a existência de uma hierarquia *axiológica* em face da ordenação de valores constitucionais. Nesse particular, os princípios constitucionais, por serem normas dotadas de intensa carga axiológica, são hierarquicamente superiores às regras constitucionais. Ademais, entre os próprios princípios constitucionais existe um escalonamento hierárquico de valores, podendo se falar, daí, em princípios e subprincípios (estes, meros desdobramentos daqueles ou princípios derivados). Canotilho, por exemplo, estabelece uma hierarquia entre os princípios

mativa ante a realidade à qual se dirigem. A única ressalva que necessariamente se deve fazer – o que será feito ao diante – diz respeito ao grau (maior ou menor) de eficácia imediata que a norma constitucional está capacitada a produzir.

A unidade normativa da Constituição é importante, na medida em que o descumprimento de uma norma constitucional põe em perigo a própria unidade do texto magno. Assim, a garantia da supremacia de uma norma constitucional proporciona a garantia da própria Constituição.

6. OBJETO E CONTEÚDO DAS CONSTITUIÇÕES

O objeto e conteúdo *mínimo* de toda Constituição é a *organização fundamental do Estado*. Nesse contexto, toda Constituição, em qualquer época e em qualquer lugar, tem por objeto o Estado, dispondo a fixar-lhe os fundamentos de sua organização. Esse objeto, porém, *mantido aquele conteúdo mínimo*, pode variar de *tempo* (objeto de diferentes constituições do mesmo Estado) e *espaço* (objeto de constituições vigentes de Estados distintos).

O objeto das Constituições vem crescendo, acompanhando a evolução social humana, não permanecendo estático. Para se ter uma idéia de como isso funciona, basta invocarmos dois exemplos: a *Constituição de 1988* e a *Constituição de 1891*. A Constituição de 1988 tem por objeto, entre outros, definir os fins sociais e econômicos do Estado. A Constituição de 1891 sequer dispunha sobre uma ordem econômica e social, tendo, portanto, um objeto menor. Assim, quanto maior for a função e atividade do Estado, maior será o objeto de sua Constituição.

As Constituições contemporâneas tendem a constitucionalizar um maior número de matérias, ampliando os seus conteúdos, sendo essa situação uma de suas notas características. A ampliação do conteúdo das Constituições suscitou a distinção muito conhecida entre *Constituição em sentido material* e *Constituição em sentido formal*. Com efeito, a *Constituição em sentido material* é aquela cujo conteúdo se limita à regulamentação fundamental do Estado (forma de Estado, forma de Governo, regime político, organização, atribuições e limites do poder, direitos e garantias fundamentais); enquanto a *Constituição em sentido formal* é aquela de conteúdo mais amplo, que compreende, além do conteúdo próprio da Constituição

constitucionais, nesta ordem decrescente: princípios estruturantes, princípios gerais e princípios específicos. Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, entre outros.

em sentido material, todas as demais matérias que passarem a integrar o seu texto. Essa distinção, todavia, não se reveste mais de qualquer sentido e importância, não só porque as Constituições atuais assumiram a preocupação de regulamentar a vida *total* do Estado e da Sociedade, como também em razão da contínua ampliação das funções do Estado numa sociedade complexa, plural e aberta.

Assim, as Constituições contemporâneas, entre as quais é exemplo a Constituição Federal de 1988, têm por *objeto* definir a estrutura do Estado, os seus princípios fundamentais e a organização do poder político; disciplinar o modo de aquisição, a forma de exercício e os limites de atuação do poder político; declarar os direitos e garantias fundamentais; estabelecer as principais regras de convivência social e implementar a idéia de Direito a inspirar todo o sistema jurídico; fixar os fins sócio-econômicos do Estado e as bases da Ordem Econômica e Social.

7. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições nem sempre se apresentam de maneira idêntica, seja no domínio do mesmo Estado, seja entre Estados distintos. Ora, as Constituições brasileiras de 1988 e 1967 não são iguais; basta ressaltar que enquanto a Constituição de 1988 tem origem democrática, a Constituição de 1967 teve procedência autoritária. A Constituição brasileira de 1988, por outro lado, não é igual à Constituição dos E.U.A. (1787), nem esta é igual à Constituição da Inglaterra.

Vem daí a importância em classificar as Constituições, visando identificar os seus vários tipos ou espécies. Destarte, as Constituições podem apresentar-se segundo o *conteúdo*, a *forma*, a *origem*, a *estabilidade*, a *extensão*, a *finalidade*, ao *modo de elaboração*, a *ideologia*, a *sua maneira de ser*, entre outros critérios. Vários autores têm debatido sobre os diversos modos de classificar as Constituições, não havendo, portanto, uniformidade de entendimento acerca do tema. Procuraremos, abaixo, declinar os principais tipos de Constituição, segundo as diversas formas de classificação.

7.1. Quanto ao conteúdo: Material e Formal

a) Constituição material

A Constituição material é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais, inseridas ou não no texto escrito. Isto é, só é Constituição material aquele conjunto de normas que se limitam a

dispor sobre *matéria essencialmente constitucional*, que são aquelas que se revestem de maior importância tendo em vista se relacionarem aos pontos cardeais de existência do Estado, pouco importando a *forma* dessa disposição (se por escrito ou por meio de costumes). O fundamental é a matéria ou conteúdo objeto da norma, sendo irrelevante a localização desta. Se se refere a aspecto fundamental do Estado, temos uma norma materialmente constitucional.

Como assinala Paulo Bonavides, "Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais e sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição."¹⁴⁹ Sob esse aspecto material, todo Estado terá sua Constituição. A Constituição material corresponde ao conceito de Constituição política, ministrado por Carl Schmitt e examinado linhas atrás. Na Constituição brasileira de 1988, podemos dizer que são normas materialmente constitucionais as constantes, por exemplo, do título I (princípios fundamentais), título II (direitos e garantias fundamentais), título III (organização do Estado) e título IV (organização dos poderes).

b) Constituição formal

A Constituição formal é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais). O que se afigura relevante aqui é a formalidade que caracteriza essas normas. São elas provenientes do poder constituinte e só podem ser modificadas ou revogadas por processos e formalidades especiais estabelecidos na própria Constituição. Só são constitucionais pelo simples fato de aderirem ao texto da Constituição.

A Constituição formal corresponde ao conceito dado por Schmitt à lei constitucional. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "A inclusão dessas regras de conteúdo não constitucional no corpo da Constituição escrita visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida, fazê-las gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas."¹⁵⁰

149. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 63.

150. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 12.

Entretanto, como anota Michel Temer¹⁵¹, à luz da Constituição Federal de 1988 é irrelevante essa classificação, tendo em vista que, independente de serem normas materiais ou formais, ambas têm igual hierarquia, produzem os mesmos efeitos e só podem ser alteradas segundo o rígido processo tracejado no texto constitucional onde coabitam. Ou seja, têm a mesma dignidade normativo-constitucional. Ademais, acrescenta-se que as Constituições republicanas abandonaram a regra do art. 178 da Carta do Império (1824), segundo a qual "*É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias*".

7.2. Quanto à forma: Escrita e Não-Escrita

a) Constituição escrita

Constituição escrita, ou *instrumental*, é aquela cujas normas – *todas escritas* – são codificadas e sistematizadas em *texto único e solene*, elaborado racionalmente por um órgão constituinte. Vale dizer, cuida-se da Constituição em que as suas normas são documentadas em um único *instrumento* legislativo, com força constitucional.

A Constituição escrita é produto das revoluções liberais do século XVIII, que reivindicaram a consolidação de seus objetivos de liberdade e limitação do poder em texto escrito e solene, pois essa seria a única forma capaz de assegurar certeza, clareza e precisão de seu conteúdo e garantir segurança aos governados contra o abuso dos governantes.

Constituição dos EUA de 1787 e a Constituição da França de 1791 foram as primeiras Constituições escritas do mundo.

b) Constituição não-escrita ou costumeira

Contrário sensu, Constituição não-escrita, ou costumeira, é aquela cujas normas não estão plasmadas em texto único, mas que se revelam através dos costumes, da jurisprudência e até mesmo em textos constitucionais escritos, porém esparsos, como é exemplo a Constituição da Inglaterra. É importante notar que não existe Constituição inteiramente não-escrita ou costumeira, pois sempre haverá normas escritas compondo o seu conteúdo. A Constituição inglesa, por exemplo, compreende importantes textos escritos, mas esparsos no tempo e no espaço, como a Magna Carta (1251), o Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1689), entre outros.

151. Op. cit.

As Constituições não-escritas ou costumeiras sempre existiram e precederam às Constituições escritas, perdendo a primazia, entretanto, a partir do final do século XVIII.

Em suma, as Constituições escritas e não-escritas distinguem-se fundamentalmente porque, enquanto aquelas são elaboradas em documento único pelo órgão constituinte, estas são impostas pela prática ou pelos costumes.

7.3. Quanto à origem: Democrática e Outorgada

a) Constituição democrática (ou promulgada ou popular ou votada)

Constituição democrática é aquela elaborada por representantes legítimos do povo, que compõem, por eleição, um órgão constituinte. Na sua origem se verifica a efetiva participação popular, sendo fruto da soberana manifestação de vontade de um povo, que elege com liberdade os seus representantes para a tarefa fundamental de elaborar uma Constituição. No Brasil, são exemplos de Constituição democrática, que foram promulgadas por Assembléia Constituinte, as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

b) Constituição outorgada

Já a Constituição outorgada é aquela cuja elaboração se processa sem qualquer participação do povo. É fruto do autoritarismo, do abuso, da usurpação do poder constituinte do povo. São impostas pelo governante e normalmente são designadas pela doutrina de *Cartas*. No Brasil, são exemplos deste tipo de Constituição, as *Cartas* de 1824 (outorgada pelo imperador D. Pedro I, após dissolver a Assembléia Constituinte), de 1937 (imposta pela ditadura de Getúlio Vargas) e 1967/69 (outorgadas por juntas militares).

Existem, ainda, segundo José Afonso da Silva¹⁵², as chamadas *constituições cesaristas*, que são aquelas que, não obstante impostas, dependem da ratificação popular por meio de referendo. A participação popular, nesse caso, não é democrática, pois visa tão-somente ratificar a vontade do detentor do poder (Ex.: plebiscitos napoleônicos; e plebiscito de Pinochet, no Chile).

c) Constituição pactuada

A Constituição pactuada é aquela que oficializa um compromisso político instável de duas forças políticas opostas: a realza absoluta debilitada, de um lado, e a nobreza e a burguesia, em ascensão, de outro. Surge, assim, como termo dessa relação de equilíbrio a monarquia limitada. Exa.: a Magna

152. Op. cit.

Carta (1215); a Constituição francesa de 1791; o Bill of Rights (1689); as Constituições da Espanha de 1845 e 1876; a Constituição da Grécia de 1844 e a Constituição da Bulgária de 1879.¹⁵³

7.4. Quanto à estabilidade ou consistência ou mutabilidade: *Imutável, Fixa, Rígida, Flexível e Semi-rígida ou Semiflexível*

a) *Constituição imutável*

A Constituição imutável é aquela que não prevê nenhum processo de alteração de suas normas, sob o fundamento de que a vontade do poder constituinte exaure-se com a manifestação da atividade originária. Em termos de constituição escrita, não há exemplos hoje de Constituição imutável, não passando este tipo de Constituição de simples lembranças históricas.

De fato, como já examinado neste Curso, as Constituições existem para regular e dinamizar os aspectos fundamentais da realidade social, que é sempre cambiante. Tal circunstância não só autoriza como impõe a alteração das Constituições em face da necessidade de harmonizá-las com as novas exigências da sociedade, que é a sua maior destinatária. Uma Constituição imutável, decerto, embarçaria o desenvolvimento da própria vida em sociedade implicando em retrocesso.

Mas é certo lembrar que a Constituição é a base fundamental do Estado e por isso mesmo deve gozar de certa estabilidade, uma vez que a instabilidade de uma Constituição pode reverter-se na própria instabilidade do Estado que regula. Porém, estabilidade não pode significar imutabilidade constitucional, pois, como reiteradamente já sustentamos, a Constituição deve guardar íntima relação dialética ou de interação com a realidade político-social de seu tempo, sob pena de esvaecer a sua força normativa e de instrumento de desenvolvimento e justiça social.

Todavia, cumpre lembrar que a Constituição do Império do Brasil (1824) foi provisoriamente imutável, pelo período de quatro anos após a sua outorga, tendo em vista o que previa o seu art. 174: "Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles".

b) *Constituição fixa*

Diz-se daquela que só pode ser alterada pelo próprio poder constituinte originário, circunstância que implica, não em alteração, mas em elaboração,

153. BONAVIDES, Paulo. op. cit.

propriamente, de uma nova ordem constitucional. Também não se tem registro desse tipo de Constituição, diante, certamente, das dificuldades, e falta de sentido, de se convocar o poder constituinte originário toda vez que se pretender alterar a Constituição.

c) *Constituição rígida*

Foi o Lord James Bryce quem apresentou uma distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível.

Constituição rígida é aquela que não pode ser alterada com a mesma simplicidade com que se modifica uma lei. Caracteriza-se por estabelecer e exigir procedimentos especiais, solenes e formais, necessários para a reforma de suas normas, distintos e mais difíceis, portanto, do que aqueles previstos para a elaboração ou alteração das leis. É o modelo ideal de Constituição porque nela se reúnem as duas necessidades das Constituições contemporâneas: a *evolução* e a *estabilidade*. A *evolução*, porque as Constituições devem acompanhar a mudança das forças sociais, abrindo-se para reformas; a *estabilidade*, em razão da exigência de que as reformas constitucionais ocorram com moderação, equilíbrio e cautela. Daí a vantagem das Constituições rígidas: permitem reformas (evolução), mas submetem essas reformas a um procedimento especialmente solene no qual seja possível uma maior reflexão, debate e ponderação (estabilidade).

A *rigidez constitucional* decorre, assim, da maior dificuldade de alteração da Constituição e pode ser constatada com a só comparação entre o processo legislativo de emenda constitucional (processo de reforma da Constituição) e o processo legislativo ordinário (processo de elaboração e reforma das leis).

A Constituição brasileira de 1988 é rígida. Basta, pois, confrontar o seu art. 60 (que prevê um complexo processo legislativo de emenda constitucional, com uma iniciativa legislativa restrita, necessidade de dois turnos de discussão e aprovação em cada casa do Congresso, *quórum* de 3/5 para aprovação, etc.) com o seu art. 61 (que prevê um singelo processo legislativo ordinário, com a previsão de uma iniciativa legislativa geral, em regra com um único turno, *quórum* de maioria simples para aprovação das leis ordinárias e maioria absoluta para aprovação das leis complementares, etc.).

No histórico das Constituições brasileiras, todas as Constituições republicanas foram rígidas, por terem demandado um processo de reforma mais difícil.

Impõe-se advertir que não existe uma correlação necessária entre Constituição escrita e Constituição rígida, pois a história já revelou que as Constituições escritas nem sempre são necessariamente rígidas, embora o mais

comum é que sejam. A Constituição escrita pode ser flexível, como ocorreu com as Constituições da França de 1814 e 1830 e a Constituição da Itália de 1848.

Da rigidez constitucional decorre, como corolário lógico, a *supremacia da Constituição*, que é atributo de que se revestem as Constituições rígidas e em face do qual passam elas a exercer uma força subordinante de todo o ordenamento jurídico, condicionando a validade de todas as suas normas.

d) *Constituição flexível*

Já a Constituição flexível é aquela que, em sentido oposto, pode ser alterada pelo mesmo procedimento observado para as normas legais. A Constituição não exige, para sua alteração, qualquer processo mais solene. Inexistem, aqui, as dificuldades apontadas para a reforma da Constituição rígida.

Assim, se a Constituição flexível pode ser modificada por meio do processo legislativo ordinário das leis, isso significa que a própria lei contrária à Constituição muda o seu texto, não se falando aí de qualquer inconstitucionalidade. Por conseguinte, não há qualquer supremacia formal entre as normas de uma Constituição flexível e as normas legais.

Exemplo de Constituição flexível é a Constituição inglesa. É preciso, todavia, não confundir Constituição flexível com Constituição não-escrita ou costumeira, pois a flexibilidade constitucional é possível tanto nas Constituições não-escritas ou costumeiras como nas Constituições escritas¹⁵⁴. Apesar de juridicamente flexíveis, as Constituições não-escritas ou costumeiras podem ser socialmente rígidas, uma vez que, na prática, se mantêm indefinidamente.

e) *Constituição semi-rígida ou semiflexível*

Cuida-se de uma Constituição parcialmente rígida e parcialmente flexível, ou seja, uma parte é rígida (exigindo-se, pois, para sua alteração procedimentos especiais) e outra é flexível (podendo ser alterado por processos mais fáceis, à semelhança das leis).

É exemplo deste tipo de Constituição, a Constituição imperial de 1824, cujo art. 178 assim dispunha: "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

Há Constituições, como a Constituição brasileira de 1988, que têm um núcleo material imodificável (as impropriamente chamadas *cláusulas pétreas*),

154. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 66.

isto é, que não pode ser alterado por emenda constitucional. Alguns autores, a exemplo de Michel Temer, entendem que esse núcleo imutável encerraria, nessas Constituições, um grau máximo de rigidez, apresentando-se como Constituições *super-rígidas*. Não estamos de acordo. De feito, com Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁵⁵, entendemos que rigidez não se compatibiliza com imutabilidade, uma vez que rigidez é qualidade do que é alterável. Assim, as cláusulas pétreas estão fora do conceito de rigidez, podendo ser de objeto para outra classificação.

7.5. Quanto à extensão: *Sintética e Analítica*

a) *Constituição sintética (ou concisa)*

São Constituições breves que regulam sucintamente os aspectos básicos da organização estatal. Limitam-se a prever os princípios gerais de organização e funcionamento do Estado, cuidando exatamente da *matéria essencialmente constitucional*.

Exemplo admirável de Constituição concisa é a Constituição dos EUA, de 17 de setembro de 1787, que dispõe de apenas sete artigos e vinte e seis emendas que constituem o seu anexo ou aditamento. Foram Constituições concisas: a Constituição da França de 1946; as do Chile de 1833 e 1925 e a Constituição da República Dominicana de 1947.

b) *Constituição Analítica (ou prolixa)*

São Constituições extensas que disciplinam longa e minuciosamente todas as particularidades ocorrentes e consideradas relevantes no momento para o Estado e para a Sociedade, definindo largamente os fins atribuídos ao Estado.

A Constituição Federal de 1988 é modelo exemplar de Constituição analítica. Compõe-se de 250 artigos na parte permanente e 94 artigos na parte transitória, totalizando 344 artigos, sem falar dos chamados artigos desdobrados (como são, por ex., os artigos 103; 103-A e 103-B).

7.6. Quanto à finalidade: *Garantia e Dirigente*

a) *Constituição garantia (ou liberal ou defensiva ou negativa)*

A Constituição garantia foi o paradigma de Constituição adotado após as revoluções do século XVIII para servir de instrumento de *garantia* das liberdades públicas individuais, visando limitar o poder. Esse modelo de

155. Op. cit., p. 04.

Constituição não passou despercebido da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, produzida pela Revolução Francesa, que em seu artigo 16 assim a dispôs: “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

Assim, a finalidade maior desta Constituição é garantir as liberdades públicas contra a arbitrariedade estatal, limitando-se praticamente a isso.

b) *Constituição dirigente (ou social)*

A Constituição dirigente é uma consequência do constitucionalismo social do século XX, que provocou a evolução do modelo de Estado, de Estado liberal (passivo) para Estado social (intervencionista). Observa Canotilho que a Constituição dirigente se volta à *garantia do existente*, aliada à *instituição de um programa ou linha de direção para o futuro*, sendo estas as suas duas finalidades.

Com efeito, não basta considerar a Constituição como uma ordem normativa de organização, em que se determinam vinculativamente as competências, formas e processos do exercício de um poder racionalizado e limitado. Para além disso, é necessário relacionar essas “competências”, “formas” e “processos” com determinados fins, pois só assim a Constituição alcançará dignidade material, superando definitivamente as seqüelas de descrédito do Estado de Direito Formal. Ela deve ser considerada, portanto, como uma *ordem fundamental material*, que pressupõe uma dimensão constitucional-constituente, mista de *ordem e programa de ação*. O sentido normativo da Constituição dirigente concebe-se como *prospectivamente* orientado, abrindo via ao futuro¹⁵⁶. Nessa perspectiva – afirma Canotilho – “a lei fundamental é ‘esboço de uma via’ e algo de ‘desejado’ e não apenas um estatuto ‘confirmante ou garantidor do existente’”¹⁵⁷.

7.7. Quanto ao modo de elaboração: *Dogmática e Histórica*

a) *Constituição dogmática (ou sistemática)*

A Constituição dogmática, também denominada de sistemática, consiste num documento escrito e sistematizado, elaborado por um órgão constituinte em *determinado* momento da história político-constitucional de um País, a partir de *dogmas* ou idéias fundamentais da ciência política e do direito dominantes na ocasião.

156. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 151-152.

157. *Ibidem*, p. 153.

Este modelo de Constituição coincide com as Constituições escritas. De fato, a Constituição dogmática é assim denominada em razão dela consolidar em seu texto escrito os dogmas ou princípios fundamentais vigentes no momento em que elaborada.

b) *Constituição histórica*

A Constituição histórica, sempre não escrita, é aquela cuja elaboração é lenta e ocorre sob o influxo dos costumes e das transformações sociais. A sua formação resulta da demorada e contínua evolução histórica das tradições de um determinado povo, que se protraí no tempo. Exemplo maior de Constituição histórica é a Constituição Inglesa.

7.8. Quanto à ideologia: *Ortodoxa e Eclética*

a) *Constituição ortodoxa*

Constituição ortodoxa é aquela que resulta da consagração de uma só ideologia. São exemplos dela as Constituições da União Soviética de 1923, 1936 e 1977.

b) *Constituição eclética (ou pluralista)*

Já a Constituição eclética, ou pluralista, é aquela que logra contemplar, plural e democraticamente, várias ideologias aparentemente contrapostas, conciliando as idéias que permearam as discussões na Assembléia Constituinte.

É exemplo de Constituição eclética, a Constituição brasileira de 1988, que adotou, como fundamento do Estado, o princípio do pluralismo político (art. 1º, V).

7.9. Quanto ao modo de ser (classificação ontológica): *Normativa, Nominal e Semântica*

Esta classificação “ontológica” foi apresentada pelo autor alemão Karl Loewenstein¹⁵⁸ levando em consideração a *eficácia* das Constituições *em face da realidade*. Assim, segundo ele, as Constituições podem se apresentar, ante a realidade, como: a) *Constituição normativa* (com valor jurídico); b) *Constituição nominal* (sem valor jurídico, uma constituição de fachada), e c) *Constituição semântica* (utilizada apenas para justificar juridicamente o exercício autoritário do poder, como, por ex, a Constituição brasileira de 1937).

158. *Teoría de la Constitución*, p. 216-222.

Segundo Loewenstein, a *Constituição normativa* é aquela cujas normas dominam o processo político, ou seja, logram submeter o processo político à observância e adaptação de seus termos. Utilizando uma expressão da vida cotidiana, diz o autor: "la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente".

A Constituição, por outro lado, será qualificada de *nominal*, se a dinâmica do processo político não se adaptar às suas normas, ou seja, quando não houver uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo político. Isso se deve, acentua Loewenstein, provavelmente ao fato de que a decisão que conduziu à promulgação da Constituição foi prematura, de modo que a esperança, nada obstante, persiste de que, cedo ou tarde, a realidade da vida política corresponda ao modelo fixado na Constituição, convertendo-se em Constituição normativa. Já aqui, diz o autor, "el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido".

Finalmente, a *Constituição semântica* é aquela que em "su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentores del poder fácticos que disponen del aparato coactivo del Estado". A Constituição semântica, ao invés de ser concebida como um instrumento de limitação do poder, apresenta-se como um instrumento a serviço do poder, de modo a estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fácticos do poder político. Nesse tipo de Constituição, "el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz".

7.10. Classificação da Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 é *formal*, quanto ao conteúdo; *escrita*, quanto à forma; *democrática*, quanto à origem; *rígida*, quanto à consistência; *analítica*, quanto à extensão; *dirigente* ou *social*, quanto à finalidade; *dogmática*, quanto ao modo de elaboração; *eclética*, quanto à ideologia; e *normativa*, quanto ao modo de ser.

8. ESTRUTURA DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições, de um modo geral, apresentam a seguinte estrutura:

a) O Preâmbulo

O preâmbulo da Constituição é a parte *precedente* do texto constitucional que *sintetiza* a carga ideológica que permeou todo o documento constitucional, prenunciando os valores que a Constituição adota e objetivos aos quais ela está vinculada.

Em que pese a existência de grande divergência doutrinária a respeito, entendemos que o preâmbulo tem *eficácia normativa*, pois é, tecnicamente, parte integrante da Constituição, quando esta obviamente o contém, uma vez que nem toda Constituição o prevê. O ilustrado Professor Edvaldo Brito¹⁵⁹, após registrar a sua opinião em favor da eficácia normativa do preâmbulo, entendendo-o como "núncio das circunstâncias em que medrou a Constituição *jurídica* e ou a de fonte da validade da sua interpretação", menciona a existência de profunda divergência doutrinária a esse respeito. Destaca os autores que defendem a função normativa do preâmbulo da Constituição, quais sejam: Aristides Milton, Carlos Maximiliano, João Barbalho, José Duarte, Geordes Vedel, Geordes Burdeau, Giuseppe de Vergottini, Story, Juan Ferrando Badia, Jorge Miranda e Josaphat Marinho. E declina os autores que pensam o contrário: Aurelino Leal, Corwin, Kelsen, Paulo Bonavides.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, firmou sua posição no sentido da *inexistência* de força obrigatória do preâmbulo da Constituição, limitando a reconhecê-lo como um importante vetor para soluções interpretativas. Na ADIN 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.8.2002, o Tribunal julgou improcedente o pedido formulado pelo Partido Social Liberal - PSL contra o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, em que se alegava a inconstitucionalidade por omissão da expressão "sob a proteção de Deus", constante do preâmbulo da CF/88. Considerou-se que a invocação da proteção de Deus no preâmbulo da Constituição não tem força normativa, afastando-se a alegação de que a expressão em causa seria norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros.

b) A Parte Dogmática

A parte dogmática da Constituição é o seu texto articulado, que acolhe e reúne os direitos civis, políticos, sociais e econômicos, que, modernamente, por ela são veiculados. Na Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que a parte dogmática coincide com o seu corpo permanente, que vai, atualmente, do art. 1º ao art. 250, uma vez que todo este seu texto articulado é repositório dos mais diversos direitos e garantias.

c) As Disposições Transitórias

Cuida-se da parte transitória da Constituição, que têm por finalidade, basicamente, realizar a integração entre a nova ordem constitucional e a que foi substituída (exemplo, CF/88, art. 25 do ADCT: "Ficam revogados, a partir

159. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 38-39.

de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, [...]” ou disciplinar provisoriamente sobre determinadas situações enquanto não regulamentas em definitivo por leis (exemplo, CF/88, art. 10 do ADCT: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, “caput” e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 [...]”).

9. ELEMENTOS DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições, nada obstante se apresentem como um todo unitário e orgânico, contêm normas que incidem sobre as mais variadas matérias e que têm finalidades diversas. Em razão disso, tem-se afirmado que as Constituições têm caráter *polifacético*, possibilitando que a doutrina distinga, dentro de cada Constituição, os seus elementos formativos.

José Afonso da Silva¹⁶⁰ e J. H. Meirelles Teixeira¹⁶¹ cuidaram do tema, elencando os elementos das Constituições. Segundo J. H. Meirelles Teixeira, são elementos formativos das Constituições: os *orgânicos*, os *limitativos*, os *programático-ideológicos* e os *formais* ou *de aplicabilidade*. Já José Afonso da Silva, mais completo, elenca cinco elementos das Constituições, a saber:

- 1) *elementos orgânicos* – contidos nas normas que regulam o Estado e o poder. Ex.: Título III (organização do Estado) e IV (organização do poder) da CF/88.
- 2) *elementos limitativos* – correspondem às normas que formam o catálogo de direitos e garantias fundamentais, limitadoras do poder estatal. Ex.: art. 5º da CF/88.
- 3) *elementos sócio-ideológicos* – revelam o comprometimento das Constituições modernas entre o Estado individual e o Estado social. Ex.: os direitos sociais (art. 6º e 7º da CF) e os Títulos VII (ordem econômica e financeira) e VIII (ordem social) da CF/88.
- 4) *elementos de estabilização constitucional* – contêm-se nas normas que visam garantir a solução dos conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas. Ex.: art.

160. Op. cit., p. 46/47.

161. Op. cit., p. 182/196.

34/36 (intervenção nos Estados-membros e nos municípios), art. 60 (processo legislativo das emendas constitucionais), art. 102, I (controle direto de constitucionalidade), art. 136/137 (estado de defesa e de sítio), todos da CF/88.

- 5) *elementos formais de aplicabilidade* – encontram-se nas normas que prescrevem regras de aplicação das Constituições. Ex.: o preâmbulo, as disposições transitórias e o § 1º do art. 5º da CF/88.

10. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Se a Constituição é a ordem jurídica global e fundamental do Estado e da Sociedade, como resta assentado neste *Curso*, é de concluir-se que nela reside a opção do constituinte sobre determinado modelo de Estado, o que caracteriza, certamente, a peculiaridade de cada Constituição¹⁶². Pode-se sustentar que a Constituição fixa as premissas estruturais do Estado que pretende reger. Nesse contexto, a história testemunhou a metamorfose do modelo do Estado dos séculos XVIII e XIX para o modelo do Estado contemporâneo: *do Estado Liberal ao Estado Social*¹⁶³, duas realidades distintas, ordenadas por duas Constituições também distintas. Uma, a *liberal* ou *garantia*, limitando o Estado e suas funções, onde o poder público não podia interferir no exercício das liberdades, cabendo-lhe apenas resguardá-las. Outra, a *dirigente*, que amplia o Estado e as suas funções, em face da qual o poder público é chamado a intervir ativamente no sentido de fornecer prestações exigidas pelo indivíduo.

No século das luzes, em razão da doutrina liberal, o Estado era visto como apenas uma entidade necessária à defesa das liberdades individuais (uma espécie de mal necessário), não lhe cabendo, porém, interferir no seu exercício. A defesa das liberdades determinava ao Estado um dever de abstenção (prestação negativa)¹⁶⁴. As Constituições liberais ordenavam um Estado mínimo, com poderes e funções limitadas, assim considerado por sua política de retração ante as relações socioeconômicas. Um Estado absteísta, que tinha por dever apenas garantir as liberdades individuais, a propriedade e a segurança. O Estado nasce exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais. Isso já era explícito no art. 2º da

162. PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 26.

163. Vide BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

164. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 314.

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1789: "O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem". Era um Estado limitado, com poucas atuações. Seu papel era não interferir nas relações concretas da vida social.

Com a derrocada do Estado liberal, sobretudo em razão do após Primeira Guerra Mundial, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exigem prestações positivas. Nasce, com isso, o direito de exigir do Estado prestações de ordem econômica, social e cultural. Afloram os direitos de crédito. E nesse cenário, não se fala mais em "liberdades públicas", mas já em "direitos fundamentais". O Estado já não se resume a defensor das liberdades, assumindo um papel mais abrangente, pois, além de garantidor das liberdades públicas, passa a ostentar posição de devedor social, devendo implementar medidas públicas necessárias à solução das demandas sociais. Desse modo, como afirma Canotilho, a

"força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)"¹⁶⁵ (grifado no original).

Absorvendo essa realidade histórica, a Constituição desenha um novo modelo de Estado – o *Estado Social* – e passa a arquitetar um plano de direção e transformação da ossatura social, estabelecendo um esboço programático com vistas à implementação de políticas públicas, no âmbito de uma ordem socioeconômica.

Também percebendo esse fenômeno, Flávia Piovesan destaca que, enquanto a Constituição do Estado Liberal é Constituição antigoverno e antiestado, a Constituição do Estado Social instaura uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Nessa medida, "a Constituição Social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de

165. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 365.

direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas".¹⁶⁶

As novas exigências da sociedade do século XX dão ensejo à incidência de um novel catálogo de direitos, não mais cifrado aos direitos de liberdade, propriedade e segurança. Surgem os direitos de segunda geração ou dimensão, compreendidos os direitos econômicos, sociais e culturais, os chamados "direitos de igualdade" para diferenciá-los dos direitos de primeira geração, chamados de "direitos de liberdade". Esses inéditos direitos são de índole positiva, pois dependem de atuação positiva do Estado para serem desfrutados, e, por isso mesmo, encerram poderes de exigir. Na senda de Loewenstein, enquanto no Estado liberal os direitos de liberdade eram exercidos *contra* o Estado, no Estado social os direitos de igualdade são usufruídos *ante* o Estado. O Estado social, convertendo-se em amigo da sociedade, assume a obrigação de satisfazer as necessidades sociais¹⁶⁷.

A concepção dos direitos fundamentais como *liberdades* (prestações negativas) e *créditos* (prestações positivas) opera, segundo Clèmerson Merlin Clève, a fusão de duas noções até há pouco dissociadas: *liberdade* e *capacidade*. No escorreito entendimento do autor, não basta afirmar juridicamente a liberdade.

"A sua concretização pressupõe a capacidade de fruí-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O direito à educação desafia a existência de determinados meios (alimentação, transporte) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, pouco significará. Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades *no e contra* o Estado"¹⁶⁸ (grifado no original).

É, portanto, no seio destas Constituições Sociais que surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação. Decerto, essa programaticidade das Constituições haverá de se combinar com sua efetividade¹⁶⁹, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

166. Op. cit., p. 29.

167. LOEWENSTAIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 400-401. Segundo CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, o "nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, educação) altera, profundamente, a natureza dos direitos constitucionais. Estes, a partir de então serão, a um só tempo, *liberdades e créditos* do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado" (op. cit., p. 315).

168. Op. cit., p. 316.

169. PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 63.

Essa Constituição do Estado Social é denominada, por Canotilho, “Constituição Dirigente”, concebida por este autor, não como mero estatuto organizatório ou simples instrumento de governo definidor de competências e regulador de processos, mas sim como um *plano normativo-material global* do Estado e da Sociedade, porém *aberto*, que determina tarefas, estabelece programas e define fins¹⁷⁰, voltados ao bem-estar social, que o poder público acha-se vinculado juridicamente a realizar no campo econômico, social e cultural.

A idéia de Constituição Dirigente conduz à idéia de vinculação da política e dos órgãos de direção política, pois ela incorpora em seu texto de normas jurídicas os objetivos e as diretrizes políticas do Estado, conferindo-lhes juridicidade e, conseqüentemente, judicializando os fenômenos políticos. Nesse sentido, a política não é mais concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. “Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculante, cuja concretização é confiada aos órgãos constitucionalmente previstos”.¹⁷¹

A atividade política passa a ser, portanto, uma atividade conformada pelo Direito. A propósito, constata Canotilho que “todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o político”¹⁷², de modo que uma Constituição não pode mais se resumir à simples lei do Estado e só do Estado, devendo se apresentar como um “estatuto jurídico do político”, um “plano global normativo do Estado e da Sociedade”. Esta é a Constituição dirigente, que – advirta-se – não substitui a política, mas simplesmente a sujeita ao imperativo das normas constitucionais. Todavia, é preciso deixar claro que a idéia de Constituição dirigente não é antagônica à idéia de pluralismo político, inexistindo qualquer tensão entre elas. Isso é perfeitamente constatável na medida em que as dimensões sociais de uma Constituição dirigente não impediram e não impedem o desenvolvimento e a evolução de políticas alternativas¹⁷³.

Mas a Constituição Dirigente, como programa de ação para o futuro ou linha de direção política aberta ao tempo, que impõe, para o Estado e para a Sociedade, programas, diretivas, tarefas e fins, carece de providência complementar. É neste quadro, como anota Flávia C. Piovesan, que se vislumbra o maior problema das Constituições contemporâneas, que é a dificuldade de

170. *Constituição dirigente...*, op. cit., 12.

171. PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 35.

172. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 28.

173. ‘Canotilho e a Constituição Dirigente’. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.), p. 37.

converter a enunciação de princípios na disciplina de direitos acionáveis, em especial quando se trata de direitos sociais relativos à educação, à cultura, à previdência e à saúde, que representam inovação ao Direito Constitucional clássico¹⁷⁴. É nesse contexto, dada a força bilateral vinculante das normas constitucionais, que desponta inequívoca a importância da categoria operacional da inconstitucionalidade por omissão, como reforço da imperatividade normativa-constitucional e da *vontade de Constituição*.

Mas a *vontade de Constituição* voltada à realização da Constituição Dirigente depende, não só da boa vontade e consciência do poder público em concretizar as tarefas, os programas e os fins imputados ao Estado na consecução e prossecução da satisfação das necessidades coletivas, no domínio econômico, social e cultura – o que, efetivamente, se desejaria –, mas também do controle judicial das omissões do poder público por meio de mecanismos eficientes e capazes de provocar uma jurisdição constitucional democrática, progressista e emancipatória, até porque – e aqui estamos integralmente de acordo com Humberto Quiroga Lavié – as Cortes Constitucionais, no exercício dessa jurisdição constitucional, são um poder constituinte em sessão permanente. Assim, observa o autor argentino:

“pero, además, también es constitución formal la interpretación que de ese texto normativo haga la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es que, como las normas constitucionales no actúan por sí mismas, sino que precisan ser aplicadas por órganos con poder para ello, resulta que es la Corte Suprema, como máximo tribunal del país, ‘un poder constituyente en sesión permanente’: fuente práctica de la constitución del país”.¹⁷⁵

Em reforço a isso, cite-se a famosa frase do Juiz Hughes: “*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”¹⁷⁶, ou seja, sintetizando, “a Constituição é o que os juízes dizem que é”.

Por isso mesmo que – como afirma Canotilho – quando se destaca o valor preceptivo das normas programáticas como normas vinculativas de todos os poderes públicos, pretende-se salientar, entre outras coisas, que os tribunais estão obrigados a aplicar e a concretizar essas normas, não obstante a sua eventual ‘abertura’ ou ‘indeterminabilidade’¹⁷⁷, pois todos os atos e omissões estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica, porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade e ao capricho dos poderes

174. Op. cit., p. 42.

175. *Lecciones de Derecho Constitucional*, p. 01.

176. Charles E. Hughes, *Speech*, Elmira, New York, May, 3, 1907, *apud* J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 20.

177. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 827.

constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que se reveste representa a garantia mais efetiva de que, os direitos e as liberdades públicas que declara, jamais serão ofendidos, quer por atuação, quer por inação indébita do poder público.

Não obstante a indiscutível consagração da Constituição dirigente, sobretudo em Estados de *constitucionalismo periférico*, como o Brasil – onde as promessas do *Welfare State* ainda não logram ser efetivamente cumpridas e a sociedade é deixada à mercê da própria sorte, desprovida de saúde, educação, teto, assistência, enfim, do mínimo vital –, Canotilho, revendo posicionamento anterior, aparentemente defende a morte da Constituição Dirigente, pregando, com isso, a necessidade de uma nova teoria da constituição, tendo em vista que não é mais possível admitir que um texto constitucional conforme autoritariamente a sociedade, considerando, ademais, que ela não pode continuar a servir como fonte jurídica única. Segundo o autor, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritariamente – a sociedade equivale a ignorar “outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos de subsidiariedade, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos neocorporativos, passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas”. Reportando-se mais especificamente à Constituição, assevera ainda:

“mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta de identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos.’”

O autor propõe um *constitucionalismo moralmente reflexivo*, que tem por desafio a

“substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas da pós-modernidade. Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de ‘eficácia reflexiva’ ou de ‘direcção indireta’ – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as direcções justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil”.

Em seguida, explica que a “lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’”. Esses contratos são: “para as necessidades globais – remover as desigualdades”; “o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas”; o “contrato democrático

– democracia como governo global” e o “contrato do planeta Terra – desenvolvimento sustentado”. E arremata:

“Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”¹⁷⁸.

Todavia, no prefácio à 2ª edição do seu livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Canotilho esclarece a sua nova posição, assim concluindo:

“a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos fanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais” (*grifado no original*).

E fecha a sua conclusão, afirmando que, não obstante, alguma coisa ficou da programaticidade constitucional.

“Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.

Essa nova visão de Canotilho – advirta-se – deve-se ao fato das recentes mudanças ocorridas no constitucionalismo português, sobretudo em razão do advento da União Europeia que impôs uma flexibilização na soberania dos Estados-membros (é o caso de Portugal) e que afetou, por via reflexa, a força normativa da Constituição portuguesa, na medida em que esta passou a conviver com as diretivas normativas da referida Comunidade. A nova posição de Canotilho, contudo, não faz sucumbir a idéia de Constituição dirigente, pelo menos se aplicada à Constituição de 1988, em face da realidade sociopolítica do Estado brasileiro, que muito difere da realidade portuguesa.

178. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, p. 7-17.

Assim, à vista do Direito Constitucional brasileiro, a Constituição dirigente ainda vive, como condição fundamental, aliás, da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais reconhecidos no texto constitucional vigente. Com efeito, se os direitos fundamentais, particularmente os sociais, constituem o núcleo essencial e irredutível da Constituição, o caráter compromissário e dirigente da Constituição brasileira deve, sem dúvida alguma, ser mantido, pela simples razão de que, sem essa perspectiva dirigente, “torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição”.¹⁷⁹ Nessas circunstâncias, é imperativo que se pretenda preservar a força normativa da Constituição, capaz de garantir esse núcleo essencial do *Welfare State*, consubstanciado nos objetivos fundamentais do Estado, estabelecidos no artigo 3º da Constituição brasileira, que ainda não foram – insista-se – implementados.

Em iniciativa rara, o curso de Pós-graduação em Direito da UFPR, coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, promoveu, entre os dias 21 e 22 de fevereiro de 2002, no Hotel Fazenda Cainã, situado no município de São Luís do Purunã, Paraná, a *I Jornada de Estudos sobre a Constituição Dirigente em Canotilho*, com a participação de professores brasileiros¹⁸⁰ e, através de videoconferência, do próprio Canotilho, visando dirimir o sentido das novas posições defendidas por este autor a respeito da Constituição dirigente, sobretudo em razão da afirmação, por muitos, de que o professor de Coimbra havia sentenciado à morte a Constituição dirigente. Dessa importante jornada veio a lume o livro *Canotilho e a Constituição Dirigente*¹⁸¹, que registra tudo que lá se passou, e com arrimo no qual tentaremos tecer mais algumas considerações a propósito do tema, sem embargo das que acima ficaram consignadas.

É importante enfatizar, desde logo, que a despeito de toda polêmica – morreu ou não morreu a Constituição dirigente? – que gerou o novo posicionamento de Canotilho, ele próprio afirma que a Constituição dirigente não morreu. Com efeito, na videoconferência realizada, ele é contundente ao afirmar, em resposta à indagação formulada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que, quando se colocam

179. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, p. 119.

180. Participaram deste evento os professores Agostinho Ramalho Marques Neto, Aldacy Rachid Coutinho, Antonio Gomes Moreira Maués, António José Avelãs Nunes, Carlos Antônio de Almeida Melo, Clèmerson Merlin Clève, Dimas Salustiano da Silva, Eros Roberto Grau, Fernando Facury Scaff, Flávio Pansieri, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Gilberto Bercovici, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador), Lenio Luiz Streck, Luis Miguel Justo da Silva, Luiz Alberto David Araujo, Luiz Alberto Machado, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Marçal Justen Filho, Marco Aurélio Marraffon, Menelick de Carvalho Netto, Névito Guedes e Salo de Carvalho.

181. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

“essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”.¹⁸²

Canotilho reafirma o compromisso e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional. Desse modo, o autor continua a ser defensor ardoroso da programaticidade constitucional, ainda pregando que “o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídico-programáticos”. Esclarece, contudo, que as Constituições nacionais encontram-se, atualmente, em rede, isto é, “elas vêm ‘conversando’ com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais”. Neste aspecto, afirma o autor, “pode falar-se de fraqueza das Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes”, de tal sorte que se operará um deslocamento da imperatividade da Constituição para os textos internacionais¹⁸³.

Percebe-se, assim, que Canotilho apenas defende o deslocamento do dirigismo constitucional para os tratados, tendo em vista, como já frisamos acima, a integração de Portugal à União Européia e a sujeição desse Estado a inúmeros tratados internacionais relacionados à Comunidade, cujas normas, em grande número, são semelhantes àquelas previstas na Constituição portuguesa. Desse modo, a crítica que o autor faz não atinge a Constituição dirigente em si mesma, mas a algumas normas da Constituição portuguesa que impunham tarefas revolucionárias, que deveriam ser realizadas a partir e dentro da própria Carta (o que quis dizer ao chamar a atenção para o “normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”), e que se apresentavam como óbice à adesão de Portugal à Comunidade Européia. Portanto, o autor apenas pretendeu extrair da sua concepção de Constituição dirigente o aspecto revolucionário que existia na Constituição portuguesa¹⁸⁴ (e não existe na Constituição bra-

182. ‘Canotilho e a Constituição Dirigente’. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.), p. 31.

183. Op. cit., p. 15-16, em resposta ao questionamento feito por Eros Roberto Grau.

184. LENIO STRECK lembra que a Constituição portuguesa tinha um caráter revolucionário, pois especificava até mesmo a transformação do modo de produção rumo ao socialismo, que obrigava o legislador a adotar e a seguir políticas de caráter socializante. Esse viés revolucionário, também

sileira), apagando-o por completo e transferindo-o para os tratados internacionais. Daí poder-se afirmar que hoje, em momento distinto daquele que o levou a elaborar a sua *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Canotilho fala de Constituição dirigente fundando-se num dirigismo comunitário¹⁸⁵, e apenas defendendo que, enquanto instrumento isolado de modificação social, a Constituição dirigente não serve mais.

Mas, apesar de tudo, a Constituição dirigente sobrevive. E existirá enquanto for útil e historicamente necessária¹⁸⁶. Nesse particular, o Estado social ainda continua sendo importante para o futuro dos povos subdesenvolvidos. Conseqüentemente, não podem estes prescindir de uma Constituição dirigente, pois o abandono daquele modelo de Estado significaria para eles o suicídio de seu projeto de libertação¹⁸⁷. No Brasil, sem dúvida alguma a existência da Constituição dirigente é necessária. E aqui parodiando Dworkin, a Constituição dirigente é um “trunfo”, que pode ser usado no discurso jurídico proferido no âmbito do controle judicial das omissões do poder público, contra os argumentos de política.

A definição de Constituição Dirigente faz emergir a necessidade de se delinearem a *função* e a *estrutura* desse texto constitucional. Impõe-se, entretanto, uma explicação prévia: quando se indaga sobre a função da Constituição, está-se a pretender se referir àquilo que ela faz, ou objetiva fazer.

Sempre se apontou uma *função organizacional* da Constituição, consistente na sua atribuição de organizar o Estado e a Sociedade, determinando as competências dos órgãos de direção política, os limites destes órgãos e os direitos fundamentais. Ou seja, sempre se aceitou, sem grandes discrepâncias segundo anota Canotilho, a função de a Constituição revelar-se como o *constituir normativo da organização estadual*¹⁸⁸.

Nesse particular, nada de novo há sob o sol.

lembra o autor, não existe na Constituição brasileira, que se limitou a apontar para a transformação do modelo de Estado, cingindo-se a fixar as bases de um Estado Social (op. cit., p. 112).

185. PANSIERI, Flávio. ‘Canotilho e a Constituição Dirigente’. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.), p. 74, Mesa Redonda sobre a videoconferência realizada com Canotilho.

186. Ibidem, p. 39-40. Segundo o autor, em resposta à indagação formulada por Marçal Justen Filho, quando “os esquemas políticos, econômicos, sociais e culturais forem totalmente outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando a Constituição deixar de ter força reflexiva, isto é, capacidade de conformação da própria realidade social, então ela caduca, ela será substituída, ela acabará por se dissolver nos próprios mecanismos sociais. Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias”.

187. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 218.

188. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 151.

Não obstante, essa função organizacional diz muito pouco sobre a natureza da Constituição como ordem fundamental material, alerta Canotilho¹⁸⁹. Isso porque, no Estado contemporâneo, do Bem-Estar Social, suas tarefas modificam-se e avolumam-se, razão pela qual, em face delas, passa-se a exigir do Estado a responsabilidade pela conformação adequada da sociedade, de acordo com as exigências por ela apresentada.

Por isso mesmo, no contexto de uma tentativa de ordenação funcional, pode-se afirmar, como observa Canotilho, que a Constituição Dirigente se volta à *garantia do existente*, aliada à *instituição de um programa ou linha de direção para o futuro*, sendo estas as suas duas funções. Com efeito, não basta considerar a Constituição como uma ordem normativa de organização, em que se determinam vinculativamente as competências, formas e processos do exercício de um poder racionalizado e limitado. Para além disso, é necessário relacionar essas “competências”, “formas” e “processos” com determinados fins, pois só assim a Constituição alcançará dignidade material, superando definitivamente as seqüelas de descrédito do Estado de Direito Formal. Ela deve ser considerada, portanto, como uma *ordem fundamental material*, que pressupõe uma dimensão constitucional-constituente, mista de *ordem* e *programa de ação*. O sentido normativo da Constituição concebe-se como prospectivamente orientado, abrindo via ao futuro¹⁹⁰. Nessa perspectiva – afirma Canotilho – “a lei fundamental é ‘esboço de uma via’ e algo de ‘desejado’ e não apenas um estatuto ‘confirmante ou garantidor do existente’”¹⁹¹.

Mas o próprio autor não ignora as dificuldades que a função programática da Constituição Dirigente podem ensejar:

“A inserção do ‘programático’ na lei fundamental, com o conseqüente desafio da dinâmica social e política, coloca a ‘norma básica’ perante os seus próprios limites funcionais: a referência necessária à realidade e a mediação ‘executiva’ ou ‘concretizadora’ tornam patente que a ‘vontade de constituição’ dos órgãos especialmente encarregados do ‘programa constitucional’ é, ao lado da ‘realidade constitucional’, um elemento decisivamente condicionante da ‘motorização programático-constitucional’ e da própria ‘força normativa da constituição.’”¹⁹²

Vale dizer, se por um lado a tentativa de conformação da sociedade, com a previsão de tarefas, programas e fins a serem desenvolvidos pelo Estado, é exigência democrática de uma sociedade complexa, moderna e pluralista, de outro lado surge o grande desafio para a ciência do Direito

189. Ibidem, mesma página.

190. *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 151-152.

191. Ibidem, p. 153.

192. Ibidem, p. 153.

Constitucional enfrentar: o que representa a inércia do poder público na efetivação dos programas constitucionais e como e em que medida se pode obrigá-lo a implementá-los? Com a nova categoria jurídico-constitucional da inconstitucionalidade por omissão, a inércia estatal representa conduta censurada pela dogmática jurídica: ela é inconstitucional, passível, por conseguinte, de controle judicial. Como e em que medida se pode constranger o poder público a concretizar os programas constitucionais, é peleja que cabe também à dogmática encarar, por meio da construção de mecanismos sérios e expedidos.

No Brasil, o constituinte brindou a sociedade e a comunidade jurídica com instrumentos eficientes e aptos a suprir a omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), como é o caso, *v. g.*, do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já quanto à estrutura, pode-se dizer que, em face dessa dupla função (*garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro*), a Constituição Dirigente passou a conviver com outros tipos de normas: além das clássicas normas de organização, de competências, processo e normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, outra ordem de normas surgiu, consignando tarefas e fins do Estado, princípios e diretrizes jurídico-constitucionais vinculantes, enfim, veiculando imposições constitucionais de ação estatal.

Eis, portanto, a *função programática* e a *estrutura programática* da Constituição Dirigente. Nesse contexto, ou seja, no domínio da compreensão da Constituição como *norma diretiva fundamental*, torna-se necessária a definição de deveres substanciais dos órgãos do poder político que transcendem a mera defesa e garantia dos clássicos direitos de defesa. A doutrina constitucional já não se pode restringir a ser doutrina do poder limitado, senão também doutrina dos deveres materiais dos órgãos do poder político, despontando aqui, em especial, o dever de prestação no âmbito dos direitos sociais. Sob essa perspectiva, a Constituição não representa tão-somente o fundamento do Estado de Direito a ele vinculando todos os órgãos do poder político (Legislativo, Executivo e Judiciário); constitui, outrossim, e fundamentalmente, um programa político para o futuro, porquanto impõe aos órgãos do poder imperativos negativos e positivos, como fonte de sua legitimação¹⁹³.

193. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, p. 98.

11. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de mais nada, é necessário esclarecer que o conceito de Constituição até aqui desenvolvido, assim o foi sob a ótica da teoria da constituição (em especial, de uma *teoria jurídica do Estado Constitucional Democrático de Direito*). Releva, particularmente neste momento, delinear-se um conceito de Constituição sob o prisma de uma teoria do Direito Constitucional¹⁹⁴, ou seja, à vista de uma Constituição vigente, pois só assim ter-se-ão condições de enfrentar os problemas constitucionais concretos e atuais.

Na história constitucional brasileira, as Constituições de 1824 e 1891 foram liberais. Já as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988 podem ser consideradas como Constituições sociais.

Passemos, neste ponto, a analisar a Constituição brasileira de 1988, objetivando traçar o perfil que esse texto apresenta, em face das considerações até aqui desenvolvidas. Sendo assim, temo-la, sem dúvida, como uma Constituição "Social", "Dirigente", "Compromissária", "promissora" e "aberta ao futuro", alinhando-se com o conceito de Constituição constitucionalmente adequado aqui apresentado, haja vista que ela não é um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, mas sim, para além disso, um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Demonstramos.

O sentido compromissário da Constituição de 1988 está bem evidente no seu preâmbulo, que afirma ter sido ela elaborada para instituir um Estado Democrático, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

194. Observa KONRAD HESSE, que o conceito de Constituição, no âmbito de uma teoria da constituição, é um conceito abstrato, que se aplica a um bom número de Constituições históricas, deixando de lado as peculiaridades de tempo e lugar. Para a teoria do Direito Constitucional, um conceito assim resultaria vazio de conteúdo e, por isso mesmo, incapaz de resolver os problemas constitucionais práticos surgidos positivamente no Estado. Ora, se a normatividade da Constituição vigente não é senão a de uma ordem histórico-concreta, não sendo a vida que será regulada senão a vida histórico-concreta, a única questão que cabe definir-se no contexto da tarefa de expor os traços básicos do Direito Constitucional vigente é a relativa à Constituição atual, concreta e individual (*Escritos de Derecho Constitucional*, p. 03-04). Nesse mesmo sentido, também adverte o eminente jurista baiano Edvaldo Brito para o fato de que a teoria da constituição trabalha com conceitos abstratos e jamais jurídico-positivos, de modo que esses conceitos – incluindo aí o de Constituição – têm a pretensão de validade universal (*Limites da Revisão Constitucional*, p. 27-28). E segundo Karl Loewenstein, a teoria da constituição sofre a influência da época em que é elaborada, de tal sorte que não há uma teoria da constituição eternamente válida.

Ademais disso, a Constituição de 1988 tem por *fundamento* declarado a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”, entre outros, e por *objetivos fundamentais* “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se, ainda, que houve uma ampliação do catálogo dos direitos fundamentais – para nele incluir direitos sociais e econômicos¹⁹⁵ –, que impôs uma série de programas, tarefas e fins a serem realizados pelo Estado, o que conferiu a todos os cidadãos, em contrapartida, a prerrogativa de exigir do ente estatal a concretização desses direitos, além de ter a Constituição estabelecido, ineditamente, o princípio da *aplicabilidade imediata* das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º¹⁹⁶). Sem embargo, algumas dessas normas reclamam concretização positiva do poder público, o que demonstra certa abertura do texto constitucional, revelando-se como um programa de ação aberto ao futuro. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a respeito da abertura da Constituição de 1988, chega a afirmar que de

“todas as Constituições de tivemos, a de 1988 é, certamente, a mais programática. Não há quase texto prescritivo, mandamento constitucional que não se veja acompanhado de normas programáticas, de ordens ao legislador ordinário para uma efetiva regulação concretizadora. Num certo sentido pode-se dizer que a Constituição de 1988, até mesmo como texto, ainda está por se fazer”.¹⁹⁷

A Constituição de 1988, portanto, desempenha aquela dupla função de garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro. Isto é, não se limita a garantir as relações existentes, mas vai além, para ser uma Constituição de uma sociedade em devir, como instrumento de direção social que está em consonância com a crescente complexidade de uma sociedade antagonica, aberta e plural¹⁹⁸. E o Direito, nesse passo, assume uma função promocional, voltada à implantação da igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.

195. Os direitos sociais e econômicos passaram a ser previstos nas Constituições brasileiras a partir da Carta de 1934, que recebeu nítida influência da Constituição alemã de Weimar de 1919.

196. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

197. *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*, p. 58.

198. PIOVESAN, Flávia C., op. cit., p. 42.

Por isso mesmo, como ressalta Lenio Luiz Streck, é absolutamente lógico afirmar que o conteúdo da Constituição brasileira está voltado para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito (e, por óbvio, a Constituição como sua expressão máxima) deve ser visto hoje *como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)*¹⁹⁹.

Mas no contexto de uma Constituição Dirigente, preocupada em traçar linhas de direção para o futuro, nasce o grande problema – talvez o maior de todos os problemas constitucionais – da eficácia e aplicabilidade das normas instituidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Surge, portanto, o grande desafio do constitucionalismo contemporâneo, ligado à problemática da concretização constitucional, que envolve o exame e a determinação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de que todas estas, sem exceção, tenham força normativa suficiente para vincular todos os seus destinatários, sob pena de quebra da unidade e identidade da Constituição, notadamente o seu núcleo compromissado com as promessas do Estado social democrático.

199. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 29.

TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. A constituição como um sistema aberto de normas – 2. A norma constitucional: conceito e natureza – 3. As condições de aplicabilidade da norma constitucional – 4. As espécies de norma constitucional: os princípios e as regras. A “normatividade” dos princípios: 4.1. A distinção entre regras e princípios em Robert Alexy – 5. A eficácia jurídica da norma constitucional: 5.1. O problema da eficácia das normas constitucionais; 5.2. Normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias; 5.3. Normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*; 5.4. A classificação da doutrina italiana; 5.5. A classificação de J. H. Meirelles Teixeira; 5.6. A classificação de José Afonso da Silva; 5.7. A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito; 5.8. A classificação de Maria Helena Diniz; 5.9. Reflexões acerca das classificações examinadas e tomada de posição pessoal; 5.10. Eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas – 6. Os princípios constitucionais: 6.1. Tipologia de princípios constitucionais; 6.2. Sistema interno de princípios e regras constitucionais: uma hierarquia axiológica dos princípios constitucionais; 6.3. Hierarquia de princípios.

1. A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE NORMAS

Numa perspectiva jurídica, compreende-se a Constituição como um conjunto de normas jurídicas suficientemente aptas para regular todos os fenômenos da vida política e social. Mas a Constituição não é um conjunto *fechado* de normas, nem as suas normas revelam-se apenas sob a forma de *regras*.

Ora, se a Constituição, como examinado no capítulo anterior, deve interagir com a realidade político-social de onde ela provém, é mais do que natural que as normas que a compõem devem estar *abertas* aos acontecimentos sociais para acompanhar a sua evolução e adaptar-se às transformações sociais. Mas essa desejada abertura das normas constitucionais somente é possível quando, entre as normas da Constituição, algumas delas expressem-se sob a forma de *princípios*.

Assim, uma Constituição só pode ser compreendida como um *sistema jurídico aberto de regras e princípios*¹.

“(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica (Calless), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*”² (sublinhamos).

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3 ed.
2. Idem, ibidem, p. 1085.

Isto significa afirmar que uma Constituição é composta por regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa (concretização), articulados de maneira tal que, juntos, formam uma unidade material (unidade da Constituição). Conseqüentemente, para compreender uma Constituição e as idéias que ela exprime, é imperioso que o intérprete se valha desta unidade constitucional e entenda como as regras e os princípios constitucionais se encontram articulados.

O tema proposto neste capítulo desafia esta investigação, de modo que sua abordagem compreenderá o estudo das normas constitucionais, no âmbito de uma teoria geral, e dos princípios constitucionais, em particular, e como estes encontram-se articulados, quer entre si, quer com as regras jurídicas.

2. A NORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E NATUREZA

Entende-se por *normas constitucionais* todas as disposições inseridas numa Constituição, ou reconhecidas por ela, independentemente de seu conteúdo. Vale dizer, pouco importa o que expressam; pelo só fato de aderirem a um texto constitucional, ou serem admitidas por ele, essas normas são constitucionais, sejam elas materiais, sejam elas formais.

Em face do exposto, consideramos de nenhuma utilidade³ a distinção que a doutrina usualmente faz entre *normas constitucionais materiais* e *normas constitucionais formais*. Aquelas são consideradas materiais por regularem a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, encontrem-se inseridas ou não no texto escrito. O fundamental é a matéria objeto da norma, sendo irrelevante a localização desta. Se se refere a aspecto fundamental do Estado e ao tecido orgânico da sociedade, temos uma norma materialmente constitucional. Na Constituição brasileira, podemos dizer que são normas materialmente constitucionais as constantes, por exemplo, dos títulos I (princípios fundamentais), II (direitos e garantias fundamentais), III (organização do Estado) e IV (organização dos poderes). Mas por se encontrarem estas normas inseridas no texto da Constituição, também são consideradas normas constitucionais formais.

Já as normas constitucionais formais são assim consideradas pelo só fato de aderirem a um texto constitucional, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente

constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais). Só são constitucionais pelo simples fato de se originarem de um processo constituinte e terem assento no texto da Constituição. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a inserção dessas normas não materialmente constitucionais no corpo da Constituição escrita visa especialmente a sublinhar a sua importância. “E, quando esta Constituição é rígida, fazê-las gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas”.⁴

Corroborando o entendimento acima, acerca da inutilidade de tal distinção, anota Michel Temer⁵ que, à luz da Constituição atual, é irrelevante essa classificação, tendo em vista que, independente de serem normas materiais ou formais, ambas têm igual hierarquia, produzem os mesmos efeitos jurídicos e só podem ser alteradas segundo o rígido e idêntico processo tracejado no texto constitucional onde coabitam. Ou seja, são normas constitucionais e têm a mesma dignidade e juridicidade constitucionais. Assim, a distinção em tela não se reveste mais de qualquer sentido e importância, não só porque as Constituições atuais assumiram a preocupação de regulamentar a vida *total* do Estado e da Sociedade, como também em razão da contínua ampliação das funções do Estado numa sociedade complexa, plural e aberta.

É verdade que a Constituição Federal de 1988, de forma inédita e sem qualquer precedente no constitucionalismo brasileiro, admitiu a existência, entre nós, de norma constitucional apenas no sentido material, em razão do que prevê o § 2º do art. 5º e, mais recentemente, o § 3º do art. 5º (este parágrafo incluído pela EC nº 45/04). Entretanto, a circunstância de uma norma ser constitucional no duplo sentido *formal-material* (por exemplo, a norma prevista no art. 1º que constitui a *República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito*) ou apenas no sentido *formal* (por exemplo, a norma prevista no art. 242, § 2º, em conformidade com a qual o *Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*) ou apenas no sentido *material* (por exemplo, a norma de tratado internacional que *disponha sobre direitos humanos*), não retira desta norma a sua condição de norma constitucional, e é isso que importa!

Todas as normas constitucionais – sejam elas *formais-materiais*, *formais* ou *materiais* –, portanto, têm estrutura e natureza *jurídica*, ou seja, são normas providas de *juridicidade*, que encerram um *imperativo*, vale dizer, uma

3. Consoante doutrina de CARRIÓ, Genaro R. as classificações, no âmbito jurídico, não são verdadeiras ou falsas, mas “serviciais o inúteis” (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, p. 72).

4. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 12.

5. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 22. Edvaldo Brito também renega essa dicotomia, sob o fundamento de que o Estado contemporâneo atua em todos os setores da sociedade, de modo que sua Constituição tem de refletir toda essa atuação (*Limites da Revisão Constitucional*, p. 56).

obrigatoriedade de um comportamento. São, portanto, verdadeiras *normas jurídicas*. É certo que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza. Em razão disso, algumas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata; outras de eficácia contida, e ainda outras de eficácia limitada, variando entre si quanto ao grau de eficácia. Mas isso não significa que haja em seu texto disposições não-jurídicas, haja vista que todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas⁶. Todas elas, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais as normas se dirigem, sejam pessoas individuais, coletivas ou órgãos do Poder Político. Não existe norma constitucional destituída de eficácia: todas elas irradiam efeitos jurídicos. Nesse sentido, já ressaltava o grande Ruy Barbosa que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”⁷.

A imperatividade é da essência das normas jurídicas e, em especial, das normas constitucionais, sem a qual não há falar em normas jurídicas. É seu atributo fundamental. Ela implica num dever de obediência, cuja obrigatoriedade é constrangida pela ameaça de sanção, pois é exatamente a presença da sanção, prevista na própria norma ou resultante do sistema normativo, que garante a eficácia de uma norma jurídica, ensejando sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada⁸. Em se tratando de normas constitucionais, a desobediência implica, entre outras, na sanção jurídico-constitucional da nulidade absoluta do “ato infrator”, ou da “inércia transgressora”. A capacidade que tem a Constituição de nulificar qualquer entidade normativa, dela retirando a validade necessária para existir, descortina a imperatividade suprema da qual é portadora.

Atualmente não mais se questiona a imperatividade das normas constitucionais, de que categoria forem. Mesmo naqueles domínios meramente programáticos, onde se fixam diretivas e traçam fins para o Estado e para a Sociedade, em relação aos quais se afirmava comodamente que a função da norma limitava-se a veicular simples propostas, é indiscutível e indubitosa a força jurídica conformadora e imperante das normas constitucionais. Nem

6. Ibidem, p. 51.

7. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. 2, p. 475 e ss.

8. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 87.

poderia ser diferente, porque, numa Constituição rígida – instrumento jurídico dotado de supremacia –, seria no mínimo estranha a existência de normas que não fossem de natureza jurídica. Ora, o simples fato de serem inscritas numa Constituição rígida atribui às normas constitucionais natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo.⁹

3. AS CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL

As normas jurídicas, notadamente as constitucionais, são criadas para serem aplicadas. O Direito existe para realizar-se. “Dado o seu caráter instrumental, o direito (e dentro deste o da Constituição não faz exceção) é elaborado com vistas à produção de efeitos práticos”.¹⁰ A aplicabilidade da norma significa exatamente a *possibilidade* de sua aplicação. E aplicação da norma nada mais é do que a sua atuação concreta, para reger as relações da vida real.

Mas uma norma só é aplicável se, primeiro, estiver em *vigor*; segundo, se for *válida* ou *legítima*; terceiro, se for *eficaz*. Para essa direção apontam as lições de José Afonso da Silva, quando afirma que, juridicamente, a aplicabilidade das normas constitucionais “depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais”.¹¹

Em suma, são condições de aplicabilidade das normas constitucionais:

- a) a vigência;
- b) a validade ou legitimidade;
- c) a eficácia.

Doravante, tentaremos estabelecer algumas diretrizes conceituais acerca dessas “condições de aplicabilidade” das normas constitucionais, ressaltando, entretanto, que a nossa pretensão é unicamente traçar uma breve distinção entre as condições “vigência” e “validade” e a condição “eficácia” sem, contudo, nos aprofundarmos a respeito daquelas.

a) Vigência das normas constitucionais. *A Vacatio constitutionis*

Vigência é a qualidade de uma norma regularmente promulgada e publicada, que faz a norma existir juridicamente e que a torna de *observância*

9. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 79.

10. BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 34.

11. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 52.

*obrigatória*¹². Não se confunde com a eficácia, não obstante seja condição desta. Vale dizer, a norma só poderá ser eficaz se estiver em vigor.

Toda norma, inclusive a constitucional, contém uma cláusula de vigência. A atual Constituição brasileira não trouxe cláusula expressa de vigência, de sorte que foi com a promulgação que ela entrou em vigor, ou seja, em 05 de outubro de 1988. Já a Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, só entrou em vigor, por disposição expressa, em 15 de março do mesmo ano (art. 189: "Esta Constituição será promulgada, simultaneamente, pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional e entrará em vigor no dia 15 de março de 1967").

Todavia, é possível que, entre a publicação da norma e a sua entrada em vigor, transcorra um lapso de tempo, um verdadeiro vácuo ou vazio, dentro do qual a nova norma não se aplica, observando-se ainda a norma anterior. A esse período a doutrina tem denominado de *vacatio legis*, ou seja, o período que vai da publicação da norma até a sua efetiva entrada em vigor. No direito brasileiro, a *vacatio legis* é regra implícita, uma vez que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada (LICC, art. 1º e § 1º). Durante esse período do "vazio da lei" continuam em vigor todas as normas anteriores reguladoras da mesma matéria e interesses¹³.

Na mesma senda, ocorre a *vacatio constitutionis* quando houver um lapso temporal que medeie a publicação da norma constitucional e sua entrada em vigor. Na hipótese da Constituição de 1967, houve um período de *vacatio*, como visto acima. A *vacatio constitutionis* não é um fenômeno comum nas Constituições brasileiras e no constitucionalismo universal, mas sua natureza não difere da *vacatio legis* em geral. Nesse período, a nova Constituição não regula nada, pois continua em vigor a Carta política antiga. Em consequência disso, como afirma José Afonso da Silva, toda "lei ordinária que tenha sido criada no período da *vacatio constitutionis* será inválida se contrariar as normas constitucionais existentes, mesmo quando esteja de acordo com a constituição já promulgada, mas não em vigor".¹⁴ Num sentido inverso, pontifica o autor que as leis e demais atos normativos que porventura tenham sido elaborados no período de *vacatio constitutionis*, em

12. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 52.

13. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 53.

14. *Ibidem*, p. 54.

conformidade com os preceitos constitucionais vigentes valem enquanto durar a *vacatio*, porém ficam revogados, por inconstitucionais, com a entrada em vigor da nova Constituição, desde que não se conformem com os ditames materiais desta¹⁵.

b) Validade e legitimidade

Uma norma jurídica é válida quando se compadece com o sistema normativo. Considerando o escalonamento das normas que compõem o sistema jurídico, com a existência de normas superiores e normas inferiores, é de sustentar-se que a validade de uma norma repousa na validade de outra norma que lhe é superior, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição, que é a fonte de validade de toda ordem jurídica. É a Constituição que, em razão de sua supremacia, legitima e confere validade a todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, as normas jurídicas em geral valem e são legítimas (constitucionais), na medida em que se conformam, formal e materialmente, com as normas constitucionais.

A norma constitucional, entretanto, como norma suprema de uma ordem jurídica, fundamenta-se, por sua vez, em um poder legítimo cujo titular é o povo, ou seja, o poder constituinte, entendido como um poder político soberano, de caráter inicial, sem limites, autônomo e incondicionado, que cria e elabora a própria Constituição. Portanto, a validade da norma constitucional repousa, não em outra norma superior, pois não há norma superior à Constituição, mas sim no poder constituinte.

c) Eficácia

A aplicabilidade da norma constitucional depende, outrossim, de sua eficácia. Ou seja, para que possa ser aplicada, a norma deve produzir efeitos jurídicos. "Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz". Logo, "eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos complexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade".¹⁶

Aplicabilidade é possibilidade de aplicação. Eficácia é capacidade de produzir efeitos. Aplicabilidade "significa qualidade do que é aplicável". Juridicamente, "diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva

15. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 55.

16. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 60.

sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social* (...).¹⁷ Em suma, conclui-se que a eficácia é condição para a aplicabilidade da norma, embora, sem embargo, eficácia e aplicabilidade, sob o ponto de vista jurídico, encerrem o mesmo significado.

Assim, enquanto a *vigência* refere-se à obrigatoriedade da norma e a *validade* à conformidade dela com o texto constitucional, a *eficácia* diz respeito à capacidade de produzir os efeitos a que se preordenara.

Em razão da relevância do tema, a *eficácia* das normas constitucionais será objeto de item próprio, onde se terá a oportunidade de tecer maiores considerações, inclusive acerca das várias classificações encontradas na doutrina.

Antes, porém, cumpre destacar uma das maiores conquistas do neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional: a *normatividade* dos princípios, circunstância que nos remete a uma distinção entre duas espécies de normas constitucionais, quais sejam, as *normas-princípios* e as *normas-regras*.

4. AS ESPÉCIES DE NORMA CONSTITUCIONAL: OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS. A "NORMATIVIDADE" DOS PRINCÍPIOS

Por muito tempo prevaleceu na teoria jurídica tradicional a ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna. Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária. Esta posição reduzida dos princípios, entre nós, foi claramente adotada por nosso sistema jurídico positivado como se observa da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei nº 4.657/42)¹⁸: "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

Deve-se ao pós-positivismo¹⁹, como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e prin-

17. Ibidem, p. 13.

18. A Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (outro LICC), ampliando o seu campo de aplicação, para passar a vigorar com a seguinte redação: "Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro".

19. Para uma visão panorâmica sobre esta e outras novas correntes do pensamento jurídico, vide a excelente obra de Ricardo Maurício Freire: *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

cípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio. No Brasil, a normatividade dos princípios já é uma realidade compartilhada por todos os constitucionalistas²⁰.

De fato, fiel aos postulados básicos da epistemologia jurídica, só se pode estudar cientificamente o Direito quando se isola e demarca precisamente o seu objeto a ser investigado e confere a esse objeto um tratamento uniforme. Kelsen, por exemplo, logrou alcançar essa uniformidade, isolando uma só realidade: a realidade das normas jurídicas. Muito bem. Essa uniformidade do objeto da ciência do Direito ficaria totalmente comprometida se fôssemos tratar dos princípios ao lado das normas jurídicas, como se houvesse dois objetos (as normas jurídicas e os princípios).

Assim, o compromisso científico com o estudo do Direito exige que se abandone essa distinção, entre normas e princípios, para, como faz Canotilho, "em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas"²¹.

Para Robert Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas, simplesmente porque ambos encerram um *dever ser* e podem ser formulados por meio de expressões deonticas do *dever*, da *permissão* e da *proibição*²².

Jorge Miranda também adere a essa moderna visão normativista dos princípios, sustentada pela doutrina contemporânea, quando leciona que:

"Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-disposições"²³.

20. Conferir, por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000; e BOMFIM, Thiago. *Os Princípios Constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

21. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3 ed. p. 1086.

22. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

23. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra Editora, 3 ed. p. 224.

Em outra passagem de sua marcante obra, leciona o eminente constitucionalista lusitano que:

"Por certo, os princípios, muito mais que os preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso, o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento"²⁴.

Outro tanto sucede com o saudoso jurista italiano Norberto Bobbio, para quem, também enfatizando a normatividade dos princípios,

"Os princípios gerais são apenas... normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?"²⁵

De se lembrar, ainda, a lição de Luís Roberto Barroso:

"É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema"²⁶.

Contudo, saber como distinguir entre normas-princípios e normas-regras não é uma missão simples. Na doutrina²⁷ são encontráveis diversos critérios distintivos, sendo mais frequente o relacionado à distinção de *grau*, a saber:

24. Idem, p. 226.

25. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Editora UnB, 10 ed. pp. 158/159.

26. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, p. 141.

27. Por todos, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit.

- a) *O grau de abstração e generalidade*: enquanto os princípios são normas dotadas de elevado grau de abstração e providas de um alto grau de generalidade, as regras são normas com diminuta abstração e reduzida generalidade. Tal circunstância deve-se ao fato de que os princípios são normas que expressam as *idéias matrizes* ou os *valores fundamentais* que se espraiam por todo o sistema jurídico (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana), ao passo que as regras se limitam a descrever, com certa precisão, situações hipotéticas formadas por um fato ou um conjunto deles, onde em seu relato há um antecedente (a situação de fato hipoteticamente descrita) e um conseqüente (como uma proibição, exigência ou permissão), como, por exemplo, a regra do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, segundo a qual o servidor público abrangido pelo regime próprio de previdência social do art. 40 será aposentado compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (nessa regra, temos: o antecedente – *servidor submetido ao regime próprio de previdência do art. 40 que atingir 70 anos de idade*; o conseqüente – *a sua aposentadoria obrigatória com proventos proporcionais ao tempo de contribuição*). Assim, enquanto em relação às regras o legislador define, *desde logo* e com exclusividade, cada hipótese de incidência e sua correspondente conseqüência jurídica, de referência aos princípios ele se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo dividir essa tarefa com aqueles que irão aplicá-los, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas da vida que essas espécies normativas (os princípios) logram atualizar-se e operar como verdadeiros *mandados de otimização*²⁸. Mas isso não significa que as regras não sejam genéricas. As regras são, sim, normas genéricas, mas a sua generalidade é diversa da generalidade dos princípios, que é muito maior. Demonstra isso Jean Boulanger²⁹, quando observa que a regra é geral porque é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos; porém ela é especial na medida em que *não regula senão tais atos ou tais fatos, pois é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada*. O princípio, por sua vez, é geral porque admite uma *série indefinida de aplicações*.

28. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 82.

29. *Principes généraux du droit positif et droit positif. Le Droit Prive Français au Milieu du XX Siècle (Études Offertes a Georges Ripert)*. Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 55-56.

- b) O grau de indeterminação: os princípios, por serem normas abstratas e de textura aberta, são indeterminados, carecendo de medidas intermediárias concretizadoras para poderem ser aplicados ao caso concreto. Já as regras, por serem determinadas, são de aplicação direta, não necessitando de qualquer mediação. As próprias regras servem basicamente para concretizar os princípios. Boulanger é claro quando destaca mais essa característica das regras: as regras são concreções ou aplicações dos princípios. Por isso mesmo, afirma Eros Grau³⁰ que jamais existirá antinomia entre princípios e regras. O que pode haver é uma antinomia entre os princípios e, em consequência, uma antinomia entre as regras concretizadoras daqueles princípios em confronto. Assim, quando em confronto dois princípios à luz de determinada situação da vida, um prevalecendo ao final sobre o outro, as regras que dão concreção ao princípio que foi desprezado são afastadas relativamente àquela situação, embora permaneçam plenas de validade.
- c) O caráter de fundamentalidade dos princípios perante o sistema jurídico: os princípios desempenham um papel fundamental no sistema normativo, quer devido à sua posição de superioridade hierárquica (sobretudo quando os princípios são alçados a patamar constitucional, subordinando todo sistema), quer em decorrência de sua importância estruturante no interior do sistema jurídico (como, por exemplo, o papel que exerce o princípio do Estado Constitucional de Direito).
- d) A proximidade da idéia de Direito: os princípios fixam a idéia de Direito a prevalecer num determinado Estado, tendo em vista a sua posição de *standards* ou *cânones* vinculados às exigências de justiça, dignidade, liberdade, igualdade, fraternidade e democracia.
- e) A função normogenética e sistêmica dos princípios: os princípios revelam-se como fundamentos das regras, quer dizer, são as vigas mestras que dão base ou arrimo às regras jurídicas, inspirando a sua criação. Ademais, os princípios se irradiam sobre todo o sistema jurídico, dando-lhe racionalidade e coerência, e fornecendo a inteligência necessária para sua esmerada interpretação e aplicação. Nesse sentido, os princípios desempenham várias funções, pois consagram os valores (democracia, liberdade, igualdade, segurança jurídica, dignidade, estado de direito, etc.) constitutivos e fundamentadores do

30. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

sistema jurídico (função *normogenética*), orientadores de sua exata compreensão, interpretação e aplicação (função *hermenêutica*) e, finalmente, supletivos das demais fontes do direito (função *integrativa*), estando presente aí a *tridimensionalidade* funcional dos princípios³¹.

Assim, os princípios e as regras são espécies do gênero normas jurídicas. Os princípios são normas de *textura aberta*, sem densidade jurídica, que veiculam as *idéias-forças* que fundamentam e informam todo sistema jurídico. Como lembra Canotilho, "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos"³². Já as regras são normas de *textura fechada*, juridicamente densas, "que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida"³³.

Interessante destacar que os princípios, por se revelarem como *normas jurídicas impositivas de otimização*, ainda que eventualmente colidentes (o que pode ocorrer), *coexistem*, pois permitem o balanceamento de valores e interesses de acordo com a sua importância para o *caso concreto*, ou seja, podem ser objeto de ponderação, de harmonização ou concordância. Já as regras sequer podem coexistir quando conflitantes, pois as regras antinômicas excluem-se. Como acentua Canotilho, "as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias"³⁴. Vale dizer, ou as regras *valem* (têm validade), e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições ou *não valem* (não têm validade), e devem, nesse caso, ser extirpadas do sistema jurídico.

O ilustrado constitucionalista cearense Paulo Bonavides³⁵ também perfi-la esse entendimento. Citando o jurista alemão Robert Alexy, assegura que a diferença entre princípios e regras é uma diferença entre duas espécies de normas. E, ainda com Alexy, enfatiza que é em torno do tema colisão de princípios e conflito de regras que desponta a principal distinção entre essas duas espécies de normas jurídicas. Distinguem-se princípios e regras quanto ao modo de resolução dos conflitos. Na colisão entre princípios – e isso ocorre quando um princípio veda o que o outro permite – um deles deve ceder. "Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado

31. Conforme escrevemos em: 'O princípio da segurança jurídica e a anterioridade especial como condição mínima para o cumprimento da anterioridade tributária'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 21, número 70, 2002, p. 97, pp. 91-126.

32. Op. cit., p. 1087.

33. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1087.

34. Op. cit., p. 1087.

35. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza”.³⁶ Assim, no tocante aos princípios, cuja convivência pode ser conflituosa, vigora a idéia de *peso* ou *valor* ou *importância*, de modo que o princípio de maior *peso* ou *valor* ou *importância* é o que deve preponderar no caso concreto. De referência às regras, cuja convivência é antinômica, eventual conflito só pode ser resolvido assim: uma regra vale e é aplicada na exata medida de sua prescrição; ou não vale e é excluída do sistema jurídico. Ou seja, enquanto a colisão entre princípios se resolve na dimensão do *valor*, o conflito entre regras resolve-se na dimensão da *validade*.

Ronald Dworkin³⁷, na mesma esteira, aparta os princípios das regras jurídicas, sustentando, resumidamente, que, enquanto as regras são aplicáveis ou por inteiro ou em nada (a lógica do tudo ou nada: *an all or nothing*), os princípios podem deixar de ser aplicados ainda que ocorram as condições necessárias e suficientes para a sua incidência. Ademais – afirma o eminente jurista de Harvard – os princípios possuem uma dimensão de peso ou valor ou importância, inexistente nas regras. Assim, quando concorrerem vários princípios à vista de uma mesma situação, prevalecerá aquele de maior importância ou peso. É possível, entretanto, que o princípio que não prevaleceu neste caso concreto, prevaleça, posteriormente, noutro. No que diz respeito às regras, se duas entram em conflito, uma delas não é válida. Entre as regras, sustenta Dworkin, não se pode afirmar que uma é mais importante que a outra.

Em suma, os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a *concretizar* os valores normatizados pelos princípios.

Em razão da desigual *estrutura normativo-material* de seus preceitos, demandam um tratamento hermenêutico diferenciado, sendo, nesse passo, fundamental a distinção entre eles para a interpretação e aplicação da Constituição.

4.1. A distinção entre regras e princípios em ROBERT ALEXY

Alexy³⁸ começa afirmando que a *distinção* entre *regras* e *princípios* é fundamental para a teoria dos direitos fundamentais, porque constitui

36. Idem, ibidem, p. 251.

37. *Taking Rights Seriously*, 5ª impressão, Duckworth, Londres, 1987, p. 22.

38. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como os problemas relacionados à restrição a direitos fundamentais, à colisão entre direitos fundamentais e ao papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Mas segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios não é de grau, mas sim uma distinção *qualitativa*. Assim, o ponto determinante na diferença entre regras e princípios consiste em que os princípios são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro, porém, das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Por essa razão, Alexy designa os princípios – em expressões que ficaram famosas – como *mandamentos de otimização*, na medida em que os princípios podem ser satisfeitos em variados graus, em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas. O desejado é que os princípios sejam realizados em maior grau. Por outro lado, as regras são normas jurídicas que, ou são satisfeitas, ou não são satisfeitas. Isto é, as regras, quando válidas, devem ser sempre satisfeitas, de modo que se deve fazer exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos, pois elas contêm determinações no âmbito daquilo que é sempre possível, fática ou juridicamente.

Ademais da distinção acima, assevera Alexy que as regras e os princípios também se distinguem nas situações de *colisões entre princípios* e *conflitos entre regras*. Na verdade, a diferença aqui reside na *forma de solução* das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras.

Para Alexy, um conflito entre regras somente pode ser solucionado (1) se se introduz, em uma das regras em conflito, uma *cláusula de exceção* capaz de eliminar o conflito; ou (2) se uma das regras for declarada inválida. Na primeira hipótese, cuja solução se dá com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, Alexy cita o exemplo de duas regras em conflito, uma que proíbe sair da sala de aula antes que o sinal toque e outra que exige sair da sala de aula se soar o alarme de incêndio. Se o alarme de incêndio soar antes do toque do sinal de finalização da aula, haverá um conflito concreto. Nessa situação, o conflito se resolve exatamente com a incidência da cláusula de exceção introduzida na primeira regra, para o caso do alarme de incêndio soar antes de tocar o sinal de finalização da aula. No entanto, caso não seja possível a solução do conflito com a incidência de uma cláusula de exceção introduzida em uma das regras, o conflito somente pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras e sua posterior supressão do sistema jurídico.

Já a colisão entre princípios deve ser solucionada de maneira diferente, pois não é possível se introduzir num princípio uma cláusula de exceção,

tampouco declará-lo inválido. Segundo Alexy, a colisão é resolvida a partir de uma *relação de precedência condicionada*. Isto é, quando dois princípios colidem, um deles terá *precedência* em face do outro, *sob determinadas condições*. Exclui-se aqui a idéia de precedência incondicionada, pois nenhum princípio tem precedência absoluta sobre o outro. Assim, em face da relação de precedência condicionada, o princípio que não precedeu, ante as condições postas, cederá diante da aplicação do que precedeu. Mas, sob outras condições, é possível que se inverta a relação de precedência, de modo que o princípio que cedeu em face de condições anteriores, prevaleça em razão das novas condições. Isso significa que, diante do caso concreto e das condições existentes, os princípios se apresentam com pesos distintos, de modo que terá precedência o princípio que maior peso revelar. Tudo dependerá do *sopesamento* que deve ser feito entre os interesses ou bens jurídicos tutelados pelos princípios em colisão, para, avaliando as condições do caso concreto, aferir-se qual dos princípios em colisão tem maior peso e, consequentemente, terá precedência. Tudo isso leva à conclusão de que, na colisão entre princípios, um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. A estrutura das soluções de colisões é resumida por Alexy na chamada *lei de colisão*, que, segundo o autor, tem o seguinte enunciado: "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência"³⁹.

Assim, para Alexy, enquanto o conflito entre regras deve ser solucionado na *dimensão da validade*, a colisão entre princípios deve ser resolvida na *dimensão do peso*.

5. A EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA CONSTITUCIONAL

5.1. O problema da eficácia das normas constitucionais

Hans Kelsen, com precisão, distinguia a *validade* da norma (que ele chamava de *vigência*) de sua *eficácia*, pois, para ele, enquanto validade da norma pertence à ordem do "dever-ser", a sua eficácia pertence à ordem do "ser". Assim, segundo o autor de Viena, *vigência* é "a existência específica de uma norma".⁴⁰ Já a eficácia corresponde ao fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada, ou seja, a circunstância de uma conduta humana conforme à norma verificar-se na ordem dos fatos⁴¹. Nessa perspectiva, dizer

39. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

40. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 11.

41. Ibidem, mesma página.

"que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão".⁴² Kelsen, contudo, afirma que o mínimo de eficácia é condição de validade da norma, pois, para ele, uma norma que "não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)".⁴³ Assim, uma norma jurídica só é considerada válida, quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida⁴⁴. Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, ou seja, antes de ser seguida e aplicada.⁴⁵

Tércio Sampaio Ferraz Júnior alude à eficácia da norma jurídica como uma *qualidade* que se refere "à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade da consecução dos objetivos".⁴⁶ Tomando por base esse conceito, Maria Helena Diniz define eficácia como a

"qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso".⁴⁷

Com efeito, as condições *fáticas* e *técnicas* de atuação da norma jurídica, às quais se referem os ilustres autores, correspondem, respectivamente, à *eficácia social* e à *eficácia jurídica* da norma. Por tal raciocínio, a eficácia da norma pode apresentar-se com esses dois sentidos diversos. Vejamos como essas duas eficácias se distinguem.

A *eficácia social* consiste no fato de que a norma é efetivamente obedecida e aplicada. É a eficácia tratada por Kelsen, que decorre "do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos".⁴⁸ É a *efetividade* da qual cogitam Miguel Reale e Luís Roberto Barroso, que significa a efetiva correspondência social ao conteúdo da norma⁴⁹ ou "a realização do Direito, o de-

42. Ibidem, p. 11/12.

43. Ibidem, p. 12.

44. Ibidem, mesma página.

45. Ibidem, mesma página.

46. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*, p. 181.

47. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 30.

48. Ibidem, p. 11.

49. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 15.

sempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.⁵⁰ Assim, pronuncia-se, com razão, que a eficácia social da norma designa o fenômeno de sua concreta observância no meio social que pretende regular.⁵¹

Já a *eficácia jurídica* é aquela que consiste na capacidade de atingir os objetivos previstos na norma, isto é, na possibilidade de desencadear, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita. “Nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”.⁵²

A eficácia jurídica, que interessa ao Direito, indica a *possibilidade* de aplicação da norma. A eficácia social, que interessa à Sociologia, mas também ao direito em certo sentido, como se verá, indica a sua *efetiva* aplicação. Isso significa que toda norma jurídica é dotada de eficácia jurídica, mas nem toda norma jurídica é provida de eficácia social. Daí decorre que a eficácia jurídica é condição da eficácia social, posto que uma norma só será aplicada se for juridicamente eficaz.

É possível, portanto, uma norma possuir eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, “isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”.⁵³ Em decorrência disso, cumpre à ciência do Direito, e em especial à ciência do Direito Constitucional, o exame e a descoberta de meios adequados e efetivos para implementar o trânsito da eficácia jurídica da norma para a sua eficácia social.

Cremos que a solução está no reforço e aprimoramento da *justiça constitucional*, notadamente com a previsão e o reconhecimento de categoriais jurídico-operacionais, como a inconstitucionalidade por omissão, e de instrumentos fortes para o seu controle, como são, e este é o caso brasileiro, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, mais recentemente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem falar da possibilidade – hoje reconhecida aqui e alhures – da criação judicial do Direito, como meio expedito, através de uma interpretação criativa e concretizante, destinado à efetivação das normas constitucionais.

50. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 85.

51. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 18.

52. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 66.

53. Ibidem, mesma página.

Tudo isso depende, obviamente, de uma renovada compreensão de certos dogmas – tais os que se referem ao mito da separação de Poderes, da liberdade de conformação do legislador, entre outros – que estão mais a obstaculizar e impedir o desenvolvimento dos fenômenos constitucionais do que, propriamente, a auxiliar e contribuir para o ideal concretizante e realizador dos valores fundantes de uma sociedade sequiosa por transformações viabilizadoras do bem estar.

De referência à eficácia jurídica, única que nos interessa por enquanto, impõe-se uma investigação a respeito das diversas doutrinas que se concentraram na análise científica do tema.

5.2. Normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias

Interessa-nos, por ora, somente a eficácia jurídica. E respeitante a esta, teremos de enfrentar o problema da classificação das normas, sobretudo para fixarmos o modo como o *imperativo* das normas jurídicas se manifesta. Já dissemos, linhas atrás, que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, são imperativas, ou seja, determinam uma conduta positiva (uma ação, um agir, um *facere*) ou uma conduta omissiva (uma omissão, um não agir, um *non facere*). Em razão disso, distinguem-se as normas jurídicas em *preceptivas* (as que determinam uma conduta positiva) e em *proibitivas* (as que determinam uma omissão).

Essa distinção, contudo, não é importante, uma vez que uma mesma determinação pode encerrar, simultaneamente, uma norma preceptiva e proibitiva. Isso ocorre com frequência entre as normas constitucionais, especialmente entre aquelas que declaram direitos e garantias fundamentais, onde o reconhecimento de direitos em favor das pessoas importa a negativa da atuação em contrário do poder público.⁵⁴

A distinção clássica das normas jurídicas em razão de sua eficácia é aquela que separa as *normas coercitivas* das *normas dispositivas*. As normas coercitivas (*ius cogens*, normas cogentes) são as que determinam uma ação ou omissão, independente da vontade das partes, compreendendo, por isso, as normas preceptivas e as normas proibitivas. As normas dispositivas (*ius dispositivum*) são aquelas que completam outras normas ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais.

54. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 67.

As normas constitucionais são essencialmente coercitivas. A despeito da controvérsia sobre a existência ou não de normas constitucionais dispositivas, entendemos que não há normas constitucionais de caráter supletivo ou auxiliar. Com efeito, mesmo as chamadas normas constitucionais facultativas, isto é, aquelas que facultam atividades, são normas cogentes, uma vez que são tão vinculantes como as demais. Ou seja, essas normas, ao facultarem um modo de agir, excluem qualquer outro (ex.: os Municípios têm a faculdade de instituir impostos de sua competência, mas não podem instituir impostos de outra pessoa política, sob pena de visceral inconstitucionalidade).

A jurisprudência norte-americana distinguiu as normas constitucionais em *normas mandatórias* (*mandatory provisions*) e *normas diretórias* (*directory provisions*). As primeiras seriam as normas constitucionais essenciais ou materiais, de cumprimento obrigatório. As segundas, de caráter regulamentar, seriam aquelas desprovidas de matéria de natureza ou de essência constitucional, e podiam, por isso, ser contrariadas pelo legislador comum, sem que isso implicasse em inconstitucionalidade.

Desprezamos essa distinção, aliás semelhante àquela entre normas constitucionais materiais (as mandatórias) e formais (as diretórias). Todas as normas que integram uma Constituição, independentemente de seu conteúdo, são normas constitucionais, são jurídicas e têm igual força. Logo, são de cumprimento obrigatório, não podendo ser contrariadas pelo legislador comum.

5.3. Normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*

A jurisprudência e a doutrina norte-americanas ainda classificaram as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, em normas *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. Essa doutrina, encabeçada por Cooley⁵⁵ e divulgada, entre nós, por Ruy Barbosa, corresponde, respectivamente, às normas “auto-aplicáveis” (ou auto-executáveis) e normas “não auto-aplicáveis” (ou não auto-executáveis).

Segundo aquela doutrina, as normas constitucionais *self-executing* são as que podem ser aplicadas desde logo, imediatamente, uma vez que são dotadas de plena eficácia jurídica. Já as normas constitucionais *not self-executing*, ao contrário, não possuem a plena eficácia, dependendo de lei integrativa.

55. COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, Boston, 1903, p. 119-120, *apud* Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 103. Cf. também SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73-77.

No Brasil, foi Ruy Barbosa⁵⁶ quem difundiu essa doutrina norte-americana. Segundo RUY, as normas constitucionais *self-executing* ou auto-aplicáveis são aquelas dotadas de aptidão para gerar, desde logo, os efeitos jurídicos a que se destinam, independentemente da atuação do legislador ordinário, tendo em vista que são completas no que determinam e capazes para “exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime”.

Para o autor, são exemplos de normas auto-aplicáveis aquelas que estabelecem: a) vedação e proibições; b) os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem; c) as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais. Para além disso, ainda consoante o mestre baiano, são também auto-aplicáveis todas aquelas normas que não reclamem: a) a designação de autoridades, a que se cometa especificamente essa execução; b) a criação ou indicação de processos especiais de sua execução; c) o preenchimento de certos requisitos para sua execução, e d) a elaboração de outras normas legislativas que lhes revistam de meios de ação. Por outro lado, há também normas – as não auto-aplicáveis – que reclamam a atuação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, por não se revestirem dos meios necessários para a realização dos direitos que conferem e dos encargos que impõem.

Essa doutrina de Ruy, construída a partir do direito constitucional norte-americano, foi seguida por Pontes de Miranda que preferiu, não obstante, adotar terminologia própria para denominar as normas constitucionais, quanto à eficácia, de “normas bastante em si” e “normas não bastante em si”, respectivamente, conforme dispensassem ou não regulamentação para sua aplicação. Assim, afirmava este autor que uma das classificações mais importantes, sobretudo quando se atende ao caráter social das Constituições contemporâneas, bem assim ao regime de rigidez constitucional, é aquela que distingue as normas jurídicas em “*regras jurídicas bastantes em si*”, “*regras jurídicas não-bastantes em si*” e “*regras jurídicas programáticas*”. O mesmo professa que, rigorosamente, “o que se deve ter em vista é a dicotomia das regras jurídicas em bastantes em si e não-bastantes em si; porque tanto umas quanto as outras podem ser simplesmente programáticas”. Por isso mesmo ele propõe a distinção entre normas bastante em si e normas não bastante em si, conceituando-as da seguinte forma:

“Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self executing*, *self acting*, *self enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as complementem ou suplementem, não poderiam

56. *Op. cit.*, p. 489.

incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si⁵⁷ (*grifado no original*).

É interessante observar que Pontes de Miranda, embora seguidor da doutrina clássica de Ruy, reconheceu a existência de normas constitucionais programáticas, vislumbrando nestas certo grau de eficácia, na medida em que restringiam a liberdade do legislador, que não pode contrariar o programa fixado pela Constituição.

Enfim, o próprio Ruy Barbosa, embora defensor implacável da imperatividade das normas constitucionais, reconhecia que muitas destas normas – as não auto-executáveis ou não bastantes em si mesmas – não eram providas dos instrumentos necessários que lhes propiciassem concretude, circunstância que comprometia a sua força normativa vinculante.

Essa classificação, entretanto, como sentenciar José Afonso da Silva, não corresponde “à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade”.⁵⁸ Ademais disso, a mencionada classificação não destaca a importância das normas programáticas, que, segundo o autor, “revelam o novo caráter das constituições contemporâneas”⁵⁹, apesar de, na doutrina de Pontes de Miranda, já virem referenciadas.

Em suma, a doutrina clássica norte-americana não fornece uma visão ordenada e científica dos vários efeitos jurídicos das normas programáticas. O caráter marcadamente programático das Constituições modernas e as exigências atuais da ciência jurídica clamam por um tratamento novo a respeito do tema. Daí a necessidade de uma reelaboração da doutrina clássica ou, como sugere Meirelles Teixeira, da *elaboração de uma nova doutrina da eficácia das normas constitucionais*, sobretudo pela circunstância inevitável de que, no constitucionalismo contemporâneo, cumpre sejam as normas constitucionais consideradas, como de fato se apresentam, *operativas no mais alto grau possível*.⁶⁰

Diante do exposto, faz-se necessária a formulação de uma classificação das normas constitucionais que reflita, não só a maior ou menor eficácia jurídica dessas normas, mas também os novos desafios e os valores sociais e políticos consagrados nas constituições contemporâneas. Côncios disso,

57. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, vol. I, p. 148.

58. Op. cit., p. 75.

59. Op. cit., p. 76.

60. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 315-316.

sobreleva a importância da análise de algumas classificações propostas na doutrina italiana e brasileira, para abrir caminho a uma tomada de posição pessoal.

5.4. A classificação da doutrina italiana

Os autores italianos trouxeram uma grande contribuição para o tema: destacaram a importância das chamadas normas programáticas.

Gaetano Azzariti⁶¹ classificou as normas constitucionais em: a) *Preceptivas*, de caráter obrigatório e impositivo, e b) *Diretivas*, de caráter não obrigatório, podendo ser violadas pelo legislador ordinário, pois contêm apenas diretrizes ao legislador futuro, sem nenhuma eficácia e juridicidade.

Vezio Crisafulli⁶², contrapondo-se à classificação de Azzariti, propôs a seguinte classificação: a) normas constitucionais de *eficácia plena*, que seriam aquelas com imediata aplicação; b) normas constitucionais de *eficácia limitada*, que podem ser de legislação e programáticas. As de legislação, insuscetíveis de aplicação imediata por razões técnicas, demandam uma legislação futura, para regulamentar os seus limites. As programáticas, verdadeiras normas jurídicas, são preceptivas, embora se dirijam diretamente aos órgãos estatais, principalmente ao Legislativo.

De perceber-se que as normas programáticas de Crisafulli, diferentemente das normas diretivas de Azzariti, têm valor jurídico, dispondo de eficácia obrigatória e imediata sobre os comportamentos estatais, vinculando todos os órgãos do poder estatal. Assim, as normas programáticas, à semelhança das preceptivas, são normas jurídico-constitucionais. De ver-se, portanto, quão extraordinária foi a contribuição de Crisafulli, que reconheceu a juridicidade das normas programáticas.

De um modo geral, podemos afirmar que a doutrina italiana, após calorosos debates, classificara – segundo informa José Afonso da Silva⁶³ – as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em: a) normas *diretivas* ou *programáticas*; b) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, de aplicabilidade imediata, e c) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, mas não de aplicabilidade imediata.

61. *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 98, *apud* Maria Helena Diniz, op. cit., p. 104-105.

62. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1952, *apud* SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 82.

63. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1952, *apud* SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 80.

As normas diretivas ou programáticas dirigem-se ao legislador, fornecendo-lhe as diretivas. Podem ser contrariadas pelo legislador e não atingem as leis preexistentes. As normas preceptivas de aplicabilidade *imediata* têm plena eficácia, aplicam-se diretamente, invalidam as novas leis discordantes e atingem as anteriores incompatíveis. Finalmente, as normas preceptivas de aplicabilidade *não imediata* requerem lei integrativa para poderem ser aplicadas, mas invalidam as novas leis divergentes. Estas, contudo, enquanto não aplicadas, não afetarão as leis anteriores.⁶⁴

Essa classificação da doutrina italiana, à exceção da classificação proposta por Crisafulli, também não procede, pois funda-se, como bem anota José Afonso⁶⁵, na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas. Ora, segundo já enfatizamos, todas as normas constitucionais são cogentes, são imperativas, são, em uma só palavra, normas jurídicas. Até as normas programáticas, que os italianos consideram como diretivas e ineficazes, têm efeitos jurídicos.

Cumpramos, ao diante, investigar as diversas propostas classificatórias elaboradas na doutrina brasileira, a fim de que nos seja permitido, após as reflexões necessárias, adotar uma posição a respeito do tema e transportar para o leitor uma orientação segura.

5.5. A classificação de J. H. Meirelles Teixeira

Meirelles Teixeira foi quem primeiro se preocupou, no Direito brasileiro, com uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, que procurasse discernir o grau eficaz – maior ou menor – das normas da Constituição. Uma classificação que, repousando essencialmente na diversidade da respectiva natureza e nos efeitos jurídicos, também diferentes e específicos, de tais normas, pudesse servir de base à determinação dos vários aspectos desses efeitos, bem como ao estudo de cada um deles⁶⁶. Propôs, então, a reformulação da doutrina clássica norte-americana, para sugerir – a partir da perspectiva de que não existe norma constitucional despida de qualquer eficácia e visando atender exatamente a essa eficácia e aplicabilidade, isto é, aos seus imediatos efeitos jurídicos – a divisão das normas constitucionais em duas categorias bem distintas, a saber: a) normas de eficácia *plena* e b) normas de eficácia *limitada* ou *reduzida*.

64. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1952, *apud* SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 80.

65. *Ibidem*, p. 81.

66. Op. cit., p. 317.

Por normas de eficácia plena, entendia o autor aquelas

“normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”.

Já por normas de eficácia limitada ou reduzida, o autor compreende aquelas “que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário”.⁶⁷

Assim, enquanto as normas de eficácia plena incidem imediata, direta e plenamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, as normas de eficácia limitada ou reduzida investem sobre a referida matéria de modo tão-somente mediato e indireto, por atribuir ao legislador, total ou parcialmente, a tarefa de criar a normatividade de que cogitam. É importante esclarecer, com Meirelles Teixeira, que quando se afirma que as normas constitucionais são plenas, não se está asseverando que elas são exaustivas, completas e totais, pois toda norma é sempre susceptível de novas aplicações e novos desenvolvimentos.⁶⁸

Ainda ressaltava o autor uma subclassificação entre as normas de eficácia limitada ou reduzida, atendendo ao seu conteúdo e aos seus objetivos, qual seja: a) normas *programáticas* e b) normas *de legislação*. As normas programáticas cuidam de matéria eminentemente *ético-social* e constituem programas de ação social atribuídos ao legislador ordinário. Já as normas de legislação, desprovidas de conteúdo *ético-social*, referem-se a matéria de organização ou de liberdade e apenas deixam de produzir desde logo todos os seus efeitos, por questões de natureza técnica ou instrumental.

5.6. A classificação de José Afonso da Silva

José Afonso da Silva também defende que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Segundo o autor, apesar de todas as normas constitucionais serem *jurídicas*, nem todas estão aptas a, por si mesmas, desencadearem integrais efeitos, de tal sorte que a eficácia de certas normas constitucionais “não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação

67. Op. cit., p. 317.

68. Op. cit., p. 320.

jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida".⁶⁹ Desse modo, se todas as normas constitucionais têm eficácia, sua distinção e classificação, sob esse aspecto, deve ressaltar, evidentemente, essa característica básica e ater-se à circunstância inquestionável de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.⁷⁰

José Afonso parte da classificação de Vezio Crisafulli. Segundo este autor italiano, consoante foi anotado acima, as normas constitucionais classificam-se, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos: a) normas constitucionais de *eficácia plena*, que seriam aquelas de aplicabilidade imediata, e b) normas constitucionais de *eficácia limitada*, distinguindo-se estas, ainda, em b.1) normas de *legislação* e b.2) normas *programáticas*.

Todavia, José Afonso acrescenta mais um grupo, justificando-se ante a necessidade de "fazer-se uma separação de certas normas que prevêm uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada".⁷¹ Assim, parte o autor da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, variando apenas, para mais ou para menos, o grau de eficácia e aplicabilidade entre elas. Propõe ele, pois, uma classificação tríplice ou tricotômica, que já se tornou clássica, marcada pela seguinte distinção:

- a) Normas constitucionais de eficácia plena;
- b) Normas constitucionais de eficácia contida;
- c) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Estas últimas, por sua vez, ainda desafiam uma subclassificação em c.1) normas de princípio institutivo ou organizativo e c.2) normas de princípio programático.

a) Normas constitucionais de eficácia plena

São normas que, desde a entrada em vigor, incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, independentemente de integração legislativa, eis que dotadas de normatividade suficiente para atuar. Assim, são de *aplicabilidade direta, imediata e integral*.

Atualmente, há uma forte tendência em reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico.⁷² Aliás, esta é uma premissa com

69. Op. cit., p. 82.

70. Op. cit., mesma página.

71. Op. cit., p. 82.

72. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 88.

a qual este *Curso* trabalhará em defesa de uma dogmática constitucional emancipatória, liberta de vetustas e arcaicas idéias, de efetivação da Constituição.

Na Constituição brasileira, podemos indicar como de eficácia imediata as normas definidoras de direitos e garantias (§ 1º do art. 5º)⁷³; as normas de competência da União (art. 21), dos Estados (arts. 25/28) e Municípios (arts. 29/30); as normas de competência tributária (arts. 145, 153, 155 e 156); as normas que estabelecem as atribuições dos Poderes (arts. 48/49, 51/52, 70/71, 84 e 101/102), entre outras.

José Afonso da Silva, após afirmar que não há um critério único e seguro para identificar uma norma constitucional de eficácia plena, admite a fixação de regras gerais para tanto. Assim, segundo ele, a norma para ter eficácia plena precisa ser completa, no sentido de que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta.

Com base na doutrina norte-americana, podemos concluir que as normas constitucionais de eficácia plena são *auto-aplicáveis*. A única condição para a aplicabilidade dessas normas é "a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos".⁷⁴

b) Normas constitucionais de eficácia contida

Essa segunda categoria compõe-se, também, de normas que incidem imediatamente, independentemente de ulterior integração legislativa. Contudo, prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites. Quer dizer, embora não necessitem de lei integrativa para incidir, esta pode ser editada, porque assim prevista, para lhes reduzir a eficácia. O certo é que, enquanto não advier esta lei, a eficácia é plena e a aplicabilidade é integral, por isso é que revelamos preferência em utilizar, àquela empregada pelo autor, a expressão *contível*.⁷⁵ Por tudo isso, essas normas são consideradas de *aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*, "porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade".⁷⁶

73. Como teremos oportunidade de expor, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, não é matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência. Neste *Curso*, defendemos – como consequência do reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição – a posição que prima pela imediata aplicabilidade desses direitos.

74. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 102.

75. Nesse sentido, BRITO, Edvaldo. op. cit., p. 57-58 e TEMER, Michel. op. cit., p. 24, que preferem, todavia, designá-las de *reduzível ou restringível*.

76. Op. cit., p. 83.

Mas ainda observa José Afonso da Silva que essas normas de eficácia contida podem ter a aplicabilidade restringida por certos conceitos indeterminados, tais como “ordem pública”, “segurança nacional”, “relevância”, “necessidade ou utilidade pública”, “perigo público iminente”, entre outros, que importam contenções da eficácia normativa.

Assim, segundo leciona o autor, são características das normas constitucionais de eficácia contida:

- I – Em regra, demandam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa tão-somente a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos, sem afetar-lhes a essência. Isso significa, que no exercício dessa faculdade de contenção de efeitos, não pode o legislador infraconstitucional negar a própria norma constitucional, esvaziando-a normativamente. Deverá respeitar a vontade do constituinte, assegurando o conteúdo mínimo da norma;
- II – Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma de contenção, sua eficácia será plena, nisso distinguindo-se das normas de eficácia limitada, uma vez que, quanto a estas, a *interpositio legislatoris* destina-se a lhes conferir plena eficácia;
- III – Embora podendo ser contidas nos seus efeitos plenos, elas são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;
- IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, segurança nacional, etc.), como valor político ou social a preservar, que pode implicar a limitação de sua eficácia. Isso significa que a redução dessas normas pode advir da interpretação de um conceito desses;
- V – Ademais, sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).⁷⁷

São exemplos dessas normas as contidas no art. 5º, incisos VIII e XIII; art. 37, I; art. 170, parágrafo único, entre outros.

77. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 104-105.

c) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida

São normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso. Isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos *inibidores* ou *impeditivos* de disposições em contrário, têm a aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites. Em face disso, são consideradas de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*.

Segundo o autor, essas normas apresentam-se divididas em dois grupos: a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e b) normas constitucionais de princípio programático.

c.1) Normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo

São aquelas que se propõem a criar organismo ou entidades. São assim designadas porque “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituição, órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se de normas de princípio orgânico ou organizativo”.⁷⁸ Noutra passagem de sua significativa obra, José Afonso as conceitua como “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.⁷⁹

São de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude. Quer dizer, elas instituem órgãos ou entidades, que necessitam do legislador para lograrem funcionamento. São exemplos dessas normas: o art. 18, § 2º; o art. 33; o art. 90, § 2º; o art. 91, § 2º; o art. 113, entre outros.

c.2) Normas constitucionais de princípio programático

José Afonso da Silva, com base nas lições de Crisafulli, conceitua as normas programáticas como

“normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”⁸⁰.

A dizer, são normas de eficácia limitada que veiculam políticas públicas ou programas de governo, como o resultado de um compromisso assumido

78. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 123.

79. Ibidem, p. 126.

80. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 138.

pelas Constituições dos Estados contemporâneos. Ou, como quer José Afonso, “revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social”.⁸¹ Têm por objeto, segundo Meirelles Teixeira (que também adota essa categoria de normas na sua classificação, como visto acima), matéria de natureza essencialmente *ético-social*, representando o aspecto das Constituições contemporâneas relativo à justiça social: melhor distribuição de riqueza, planejamento econômico, proteção dos trabalhadores, da família, prestações positivas do Estado – que deverá organizar-se para fornecer a todos saúde, educação, assistência e previdências sociais, trabalho, etc.⁸²

A aplicabilidade plena dessas normas depende da normatividade futura, com base na qual o legislador infraconstitucional, integrando-lhes a eficácia, dê-lhes capacidade de execução daqueles interesses visados. Muitas delas dependerão tão-somente de algumas providências de caráter administrativo que ponham em prática aquelas políticas públicas ou planos governamentais nelas encerradas. Elas têm por objeto, segundo aponta o autor, a disciplina dos interesses socioeconômicos, tais como a realização da justiça social e o desenvolvimento econômico. Têm eficácia limitada, mas produzem importantes efeitos jurídicos.⁸³

Não obstante, de concluir-se que as normas constitucionais programáticas, independentemente de regulação, produzem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, criando situações jurídicas de vantagem ou de vínculo, especialmente nos seguintes casos:

- a) estabelecem um *dever* para o legislador infraconstitucional;
- b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam;
- c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais;
- d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do Judiciário, e
- f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.⁸⁴

81. Ibidem, p. 145-146.

82. Op. cit., p. 328.

83. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 150-151.

84. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 164.

5.7. A classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito

Também de grande contribuição para o tema é a classificação proposta por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito. Estes ilustrados autores partem da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e existem para serem aplicadas. Contudo, reconhecem que nem todas possuem a virtude de incidir imediatamente. Assim, formulam o raciocínio no sentido de que,

“se, por um lado, todas as normas constitucionais se predispõem à produção de efeitos, por outro, nem todas o conseguem integralmente, porque não são suscetíveis de execução pela mesma forma. Algumas são executadas por via de mera aplicação, isto é, por incidência direta sobre os fatos regulados, na inteireza dos respectivos mandamentos. Outras, ao contrário, inadmitem o seu inteiro cumprimento sobre os fatos ou comportamentos disciplinados, porque reclamam a intermediação de lei subconstitucional, integradora do seu comando”.⁸⁵

Postas essas idéias, os mencionados autores classificam as normas constitucionais em: a) normas de aplicação e b) normas de integração.

a) Normas de aplicação

São normas plenas, que incidem diretamente sobre os fatos regulados. Não dependem de norma complementar. Bipartem-se em: a) normas regulamentáveis e b) normas não regulamentáveis.

a.1) Normas irregulamentáveis

“São aquelas que incidem diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório, normas cuja matéria é insuscetível de tratamento, senão a nível constitucional”.⁸⁶ São normas cuja normatividade surge e se esgota na própria constituição. Exemplo: o art. 2º da CF/88.

a.2) Normas regulamentáveis

São aquelas que, a despeito de plenas e consistentes, admitem regulamentação infraconstitucional. Esta servirá apenas para auxiliar a norma constitucional à sua melhor aplicação. A norma infraconstitucional regulamentadora apenas desdobrará os aspectos externos da norma constitucional regulamentada, não lhe podendo alterar o sentido, conteúdo ou alcance.

Não há aqui, propriamente, integração legislativo-constitucional, mas tão-somente mera regulamentação. São exemplos dessas normas as que

85. BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 35.

86. BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 39.

prescrevem as ações constitucionais de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.

b) Normas de integração

São normas carecedoras de integração. Necessitam da atividade complementar do legislador comum para poderem incidir sobre os fatos regulados. Como sublinham os próprios autores, essas normas

"têm por traço distintivo a abertura de espaço entre o seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos. No seu interior existe uma permanente tensão entre a predisposição para incidir e a efetiva concreção. Padecem de visceral imprecisão, ou deficiência instrumental, e se tornam, por si mesmas, inexecutíveis em toda a sua potencialidade. Daí porque se coloca, entre elas e a sua real aplicação, outra norma integradora de sentido, de modo a surgir uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas".⁸⁷

Essa imprecisão ou deficiência normativa revela um vazio normativo que cumpre ser colmatado. O suprimento desse vazio pode atingir os meios, os fins e até mesmo a própria estrutura de linguagem da norma a integrar, de tal modo que afeta o seu núcleo mandamental originário e funde, necessariamente, a vontade do constituinte com a vontade do legislador ordinário.

Os autores distinguem essas normas de integração em: a) normas completáveis e b) normas restritivas.

b.1) Normas completáveis

São as que demandam, efetivamente, complemento. Necessitam de integração legislativa que lhes venha acrescentar eficácia. Caracterizam-se pelo fato de exigir um aditamento ao seu campo de regulação ou ao modo como conformam a matéria sobre que incidem.

b.2) Normas restritivas

Ao reverso das anteriores, estas são passíveis de redução do seu campo de incidência. Vale dizer, são normas plenas, mas admitem restrição legislativa. Evidentemente, enquanto a restrição não incidir, essas normas são equiparadas às normas de aplicação.

5.8. A classificação de Maria Helena Diniz

Maria Helena Diniz⁸⁸, tomando por critério a questão da intangibilidade e da produção dos efeitos concretos das normas constitucionais, propõe

87. BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 48.

88. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 109-116.

a seguinte classificação: a) normas com eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restritiva e d) normas com eficácia relativa complementar ou dependentes de complementação.

a) Normas com eficácia absoluta

Denominadas também pela autora como *normas supereficazes*, as normas com eficácia absoluta são normas intangíveis, não havendo contra elas nem mesmo o poder de emenda. Elas contêm uma força paralisante total de qualquer legislação em sentido contrário, vedando, inclusive, o processo de reforma constitucional. Sobrevivem enquanto a Constituição for vigente. São as normas que integram um núcleo irredutível e imutável da Constituição, chamadas comumente de cláusulas pétreas, e que se referem à Federação, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação dos Poderes e aos direitos e garantias fundamentais (CF/88, art. 60, § 4º).

Essas normas são providas de eficácia positiva e negativa. Em razão da eficácia positiva, elas têm incidência imediata e são intangíveis ou insuscetíveis de emenda constitucional. Em face da eficácia negativa, vedam qualquer lei que lhes seja contrária.

b) Normas com eficácia plena

São aquelas que, embora possam ser modificadas pelo poder de emenda, independem de regulamentação para surtirem efeitos. Ou seja, podem ser imediatamente aplicadas, de modo que incidem diretamente sobre os interesses que constituem seu objeto, criando direitos subjetivos, desde logo exigíveis. Distinguem-se das normas de eficácia absoluta por não permitirem estas qualquer espécie de modificação.

São consideradas desta espécie, por exemplo, as normas que contenham proibições, confirmem isenções e prerrogativas e que não indiquem órgãos ou processos especiais para sua execução.

c) Normas com eficácia relativa restritiva

Estas normas têm eficácia plena e aplicam-se imediatamente, independentemente da *interpositio legislatoris*. Seus efeitos, porém, ficam suscetíveis a contenções. Todavia, enquanto não sobrevier a legislação restritiva, o direito nelas contemplado será pleno, porque regulam suficientemente os interesses tutelados.

Enfim, nascem com todas as potencialidades, admitindo, apenas, mediante certos conceitos indeterminados ou por intervenção legislativa, restrições quanto aos seus efeitos.

d) *Normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação*

Não têm eficácia plena. Carecem da *interpositio legislatoris* para logrem produzir efeitos, mas terão desde logo eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditivas de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.

Segundo a autora, essas normas podem ser (a) de princípio institutivo, dependentes de lei para dar corpo a instituições, pessoas e órgãos nelas previstos e (b) programático, que determinam o próprio procedimento legislativo, por serem fixadoras de programas constitucionais a serem implementados pelo legislador ordinário.

5.9. Reflexões acerca das classificações examinadas e tomada de posição pessoal

Do exame das diversas classificações formuladas e aqui examinadas, percebemos que todos os autores citados partem da mesma premissa de que toda *norma constitucional goza de eficácia jurídica*, distinguindo-se apenas quanto ao grau eficaz. Nesse plano, apontam que há normas de eficácia “forte” e normas de eficácia “fraca”, conforme dispensem ou não a atuação legislativa integradora ou complementar, indicando, em seqüência, divisões que, não obstante suas peculiaridades, não chegam a ser incompatíveis entre si.

Com efeito, a classificação indicada por Meirelles Teixeira, não fosse a omissão de uma categoria normativa que ensejasse restrição em seus plenos efeitos, assemelha-se quase por completo com a classificação proposta por José Afonso da Silva. Já as classificações apresentadas por José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito são absolutamente coincidentes, haja vista que as “normas de aplicação” (CRB e CAB) identificam-se com as “normas de eficácia plena” (JAS), enquanto as “normas de integração completáveis e restringíveis” (CRB e CAB) identificam-se com as “normas de eficácia limitada e contida” (JAS), respectivamente.

Outro tanto sucede de referência à classificação sugerida por Maria Helena Diniz, uma vez que, salvo em relação às normas de eficácia absoluta proposta pela autora, as demais normas apontadas identificam-se com a classificação de José Afonso da Silva. Com efeito, as suas normas com eficácia plena, com eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação identificam-se, respectivamente, com as normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada propostas por José Afonso da Silva.

Outras importantes classificações foram discutidas na doutrina⁸⁹. Contudo, seguiremos a tradicional classificação proposta por José Afonso da Silva, por entendermos, na senda de Genaro R. Carrió⁹⁰, ser a mais *útil* aos propósitos deste *Curso* que prima pela efetividade constitucional. A única consideração que devemos fazer, em coerência com o esquema teórico arquitetado para tal fim, é no sentido de que todas as normas constitucionais – não obstante a variabilidade de sua carga eficaz, a ensejar a dedução de que umas têm eficácia plena, outras contível e ainda outras limitada – são aplicáveis, na medida em que podem ser integradas pela via legislativa, administrativa e também judicial.

À luz de uma dogmática constitucional centrada na efetividade da Constituição e nos direitos fundamentais, defende-se que todas as normas constitucionais – sejam de eficácia plena, contível ou limitada – exatamente por serem eficazes, podem ser diretamente aplicadas pela via judicial. Assim, ainda que carente de legislação, nada impede, antes se impõe, que o juiz aplique *diretamente* uma norma de eficácia limitada, seja ela uma regra ou um princípio, quando se configure a situação correspondente ao seu *relato*⁹¹.

89. É muito interessante a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, que leva em consideração a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes da norma constitucional para os administrados. Com base nesse critério, as normas constitucionais classificam-se em: a) normas concessivas de poderes jurídicos, que conferem ao administrado o poder de fruir imediatamente do bem deferido, independentemente de qualquer outro ato ou concurso de vontade, criando para o administrado posição jurídica imediata, de plena consistência, prescindindo de qualquer regramento ulterior. “Estes ‘poderes jurídicos’, para serem fruídos, não requerem uma *atuação alheia*”; b) normas concessivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que é exigível judicialmente, se negada. Aqui também a posição jurídica do administrado é plenamente consistente, e, finalmente, c) normas meramente indicadoras de finalidades, a serem atingidas pelo poder público, sem indicar, contudo, a conduta que as satisfaz. Aqui a posição jurídica dos administrados é menos consistente que nas duas hipóteses anteriores, “*pois não lhes confere fruição alguma nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo*”. Entrementes, elas conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do poder público, acaso conflitantes com as finalidades que estabelecem. O autor ainda admite uma divisão interna entre as normas concessivas de poderes jurídicos e direitos imediatamente fruíveis e exigíveis, qual seja: a) direitos ou poderes insuscetíveis de restrição e b) direitos ou poderes restringíveis por lei ordinária (*Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*, RDP, 57-58:233-256, 1981, p. 242-243). Há além dessa, a classificação apresentada por Luís Roberto Barroso, que também se conduziu em função da consistência da situação jurídica dos indivíduos ante as normas constitucionais. A sua proposta classificatória tem por objetivo reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Constituição e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, especialmente no que se refere às omissões do Executivo e do Legislativo. Assim, sugere a seguinte classificação: a) normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o exercício do poder político; b) normas constitucionais definidoras de direitos, que têm por escopo fixar os direitos fundamentais do homem e c) normas constitucionais programáticas, que têm por objeto traçar os fins público a serem alcançados pelo Estado (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 93 e ss).

90. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 72.

91. BRITO, Edvaldo. op. cit., p. 58.

Segundo escólio de Edvaldo Brito, dada a *eficácia jurídica* das normas constitucionais, fonte de direitos subjetivos,

“a falta de lei integrativa não impede a aplicação da norma constitucional, tanto mais a partir do texto de 1988 que lista, entre os direitos subjetivos públicos, o de impetrar mandado de injunção (art. 5º, LXXI) toda vez que a falta de lei integrativa esteja impedindo que o seu titular exerça os direitos e liberdades que a Constituição lhe outorga, bem assim as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁹²

5.10. Eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas

A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas⁹³ sempre foi palco de disputas doutrinárias, representando o maior desafio do Direito Constitucional contemporâneo. Na Itália, por exemplo, autores do quilate de Gaetano Azzariti⁹⁴ sustentaram que as normas programáticas ou diretivas se limitam a indicar uma via ao legislador futuro, não sendo nem mesmo verdadeiras normas jurídicas, negando-lhes qualquer eficácia. Para essa doutrina tradicional, a falta de juridicidade das normas programáticas obsta o cidadão em invocá-las junto aos tribunais para pedir o seu cumprimento, ainda que contemplassem direitos sociais.

Com efeito, o caráter aberto e diretivo dessas normas sempre suscitou nos autores severas dúvidas acerca de sua juridicidade. Entretanto, partindo do postulado, já afirmado neste *Curso*, de que a Constituição define o *plano normativo global* para o Estado e para a Sociedade, vinculando tanto o Estado como os cidadãos, dúvidas não podem mais subsistir quanto à natureza jurídica das normas programáticas. Se a Constituição é, toda ela, norma jurídica, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo. Assim, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos⁹⁵, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediata-

92. Ibidem, mesma página.

93. Defendendo a aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, há hoje no Brasil importantes obras a respeito, como a de Paulo Roberto Lyrio Pimenta (*Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, São Paulo: Max Limonad, 1999) e, mais recentemente, de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (*Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: RT, 2001).

94. Op cit., p. 98-99. No mesmo sentido Bernieri, Giovanni. *Rapporti della Costituzione con le leggi anteriori*, Archivio Penale, novembro-dezembro/50, Primeira Parte, p. 409; e VILLARI, Salvatore. *Sulla natura giuridica della Costituzione*, Archivio Penale, maio-junho/48, Segunda-Parte, p. 217, apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 79.

95. Não compartilhamos da posição de Luís Roberto Barroso que separa das normas programáticas os direitos ditos sociais e econômicos. Muito embora seu objetivo seja louvável, no sentido de proporcionar aos direitos sociais uma maior efetividade, não podemos ignorar a circunstância histórica de

mente vinculantes de todos os órgãos do Poder⁹⁶. Reforça essa tese o § 1º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que será objeto de nossa análise quando estudarmos os direitos fundamentais. A Constituição brasileira, aliás, reiteramos, define um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo – afirma Eros Roberto Grau – “desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia”.⁹⁷

No plano científico, não pairam mais dúvidas nem subsistem mais questionamentos a respeito do caráter jurídico e, conseqüentemente, vinculante das normas constitucionais programáticas. O só fato de estas normas contemplarem direitos sociais dependentes de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo, não lhes retira a eficácia jurídica. Para essa direção apontam as lições de Vezio Crisafulli quando sustenta o grande mestre italiano que das normas programáticas, surgem situações subjetivas, que devem ser examinadas em um duplo aspecto: situações negativas ou de vínculo e situações positivas ou de vantagens.

Particularmente pela situação de vínculo, reconhecemos que das normas programáticas deriva um *vínculo* para o legislador que, por terem tais normas uma fonte superior (a Constituição), é de natureza *obrigatória*, de modo que a não observância dessas normas programáticas acarreta a invalidação total ou parcial do ato de exercício do poder⁹⁸. Ainda segundo Crisafulli, até as omissões ante a efetivação das normas programáticas gera a inconstitucionalidade do silêncio dos órgãos estatais⁹⁹. Também na defesa da eficácia jurídica e obrigatoriedade das normas programáticas, sobretudo

que as normas programáticas estabelecem fins vinculativos ao Estado, entre os quais se encontram aqueles destinados a proporcionar ao cidadão os meios materiais necessários ao desfrute desses direitos (educação, saúde, assistência e previdência sociais, etc.). E isso, ao meu ver, não enfraquece a disposição eficaz dessas normas. O que temos de distinguir são as normas programáticas atributivas de direitos sociais e econômicos das normas programáticas fixadoras de objetivos e metas puramente políticas que, como se sabe, não conferem direitos imediatos, pelo menos na sua dimensão positiva.

96. GRAU, Eros Roberto. *A Constituição Brasileira e as normas programáticas*, p. 42-43.

97. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 35-36.

98. *Stato, popolo, governo – Illusioni e delusioni costituzionali*, p. 64-67. Segundo o autor, “In entrambe le ipotesi, non vi è dubbio che la inosservanza delle norme costituzionali programmatiche da parte degli organi legislativi sarà motivo di invalidità, totale o parziale, dell’atto di esercizio del loro potere, ossia della legge deliberata in modo contrario o diverso da quanto disposto nella Costituzione” (f. 67).

99. Ibidem, p. 67. Assim, diz o autor que “se all’esercizio obbligatorio della potestà legislativa sia stato anche prefissato un termine, il mancato esercizio oltre detto termine concreterà automaticamente un comportamento incostituzionale”.

as definidoras de direitos sociais, manifesta-se Luís Roberto Barroso, para quem modernamente

“já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’”¹⁰⁰ (*grifado no original*).

O que afirma Barroso é tão mais verdadeiro quando se está diante da novel categoria jurídico-constitucional da omissão inconstitucional, que nada mais é do que a garantia de efetividade da Constituição, o que enseja concluir que: *são tão jurídicas e vinculativas as normas programáticas, notadamente as definidoras de direitos sociais que, na hipótese de não realização destas normas e destes direitos por inércia dos órgãos de direção política (Executivo e Legislativo), caracterizada estará a inconstitucionalidade por omissão*. Em reforço a esse nosso entendimento, colhemos em Jorge Miranda a lição de que a garantia da constitucionalidade apresenta-se

“como algo de acessório, que se acrescenta, que reforça a norma, que lhe imprime um poder ou um alcance maior. Consistindo num acto ou num conjunto de actos ou de actividades, em faculdades de fazer ou de exigir, numa função (...), a garantia traduz-se num mecanismo ao serviço da norma jurídica”.¹⁰¹

Do exposto, compartilhamos o que sustenta Canotilho quando afirma que, quando se destaca o valor preceptivo das normas programáticas como normas vinculativas de todos os poderes públicos, pretende-se salientar, entre outras coisas, que os tribunais estão obrigados a aplicar e a concretizar essas normas, não obstante a sua eventual ‘abertura’ ou ‘indeterminabilidade’¹⁰². Até porque, ainda consoante orientação do mestre de Coimbra, o modelo de democracia social e econômica expressa uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política, no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas. No seu cerne essencial, o princípio da democracia social, econômica e cultural é um *mandato constitucional jurídico*-

100. *O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 106.

101. *Manual...*, op. cit., p. 349.

102. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 827.

mente vinculativo que limita a *discrecionalidade legislativa* quanto ao “se” da atuação¹⁰³.

A propósito do tema, é inevitável a alusão às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁴, às quais aderimos integralmente. O citado autor, ao cuidar da eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social (normas programáticas), em especial a eficácia da norma definidora do salário mínimo, sustenta que o Judiciário pode aplicar diretamente essa norma e fixar o valor do salário mínimo, quando ausente esse valor ou insuficiente ante as exigências da norma constitucional. Isso porque, à luz da norma constitucional da época em exame (CF/69, art. 165, I), o mandamento normativo já descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família, conforme as condições da região. Assim, a “conduta devida, conquanto implícita, é decorrência imediata da textualidade da norma: pagar salário que atende os requisitos mencionados”. Após afirmar que nada mais exige a norma, senão que o empregador pague o salário ao empregado e, ainda, empós acenar para a conveniência de lei que fixe um salário mínimo suficiente, aduz que, nada obstante,

“se houvesse omissão legal ou do Executivo, caberia a qualquer trabalhador a quem fosse pago salário abaixo do indispensável para atendimento das necessidades normais, acionar seu empregador para que cumprisse o dever constitucional. E o quantum devido seria fixado pelo juiz da causa, que nisto exerceria uma função nada diferente da que lhe assiste em inúmeros casos em que, por dever de ofício, reconhece o alcance e a extensão de outros conceitos vagos e imprecisos. Assim, quando fixa o ‘justo preço’ de uma indenização ou quando arbitra ‘quantia módica’, ou quando estabelece a cabível pensão alimentar ‘na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’, ou quando verifica se alguém cuidou da coisa entregue em comodato ‘como se sua fora’, o que está a fazer é pura e simplesmente determinar o conteúdo destas noções fluídas” (*grifado no original*).

Prossegue o autor afirmando que,

“supor que é o Legislativo, e só ele, o titular da dicção do critério sobre o que seja o salário mínimo – e não o Judiciário – implica proferir um absurdo jurídico incapaz de resistir à mais superficial análise. E muito pior seria atribuir ao Executivo exclusividade na inteligência de qual seria *in concreto* o salário mínimo cabível nas diferentes regiões do País. O intérprete das normas – quem diz a verdade jurídica – não é o Legislativo, nem o Executivo, mas o Judiciário. Ora, as disposições constitucionais são normas. Assim, o titular do poder jurídico de dizer sobre elas é, pois, o Judiciário”.

103. *Ibidem*, p. 325-326.

104. *Eficácia das normas constitucionais sobre a Justiça Social*, p. 252-255.

Por tudo isso, arremata o autor, “é irrecusável o direito dos cidadãos a postularem jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social”. Desse modo, todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. “Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”.

Em face dessa nítida eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas, que as transforma em permanentes fontes geradoras de verdadeiros “direitos subjetivos” para os cidadãos, Canotilho chega a anunciar a “morte” das normas constitucionais programáticas. Segundo o autor, existem, sem dúvidas, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Contudo, afirma que o sentido destas normas não é o sublinhado pela doutrina tradicional como ‘simples programas’, exortações morais, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. E conclui:

“Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam”¹⁰⁵ (*grifado no original*).

Assim, considerar essas normas como meras proclamações de cunho ideológico ou político é negar a existência delas como categoriais normativas. Nesse caso, efetivamente teríamos de concordar com o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas.

Reforça esse entendimento, a declaração *jurídica* de que o Estado (e é o caso do Estado brasileiro) se submete ao ideal de uma Democracia substantiva ou material, compromissária com os propósitos da Justiça Social. Em decorrência disso, é possível sustentar-se que, na hipótese de omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), na realização das tarefas sociais, notadamente quando deflagrações de direitos sociais, deva ocorrer

105. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1102-1103.

um sensível deslocamento do centro de decisões destes órgãos para o plano da jurisdição constitucional¹⁰⁶. Isto porque, se com o advento do Estado social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo podem ser perfeitamente supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos para esse fim, na própria Constituição (como, v. g., o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental) que instituiu e organizou o Estado Democrático de Direito¹⁰⁷. Ora, como acentua Robert Alexy, com base na Constituição alemã, “vinculación jurídica implica control judicial”¹⁰⁸, de tal sorte que, de modo algum a justiça constitucional é imponente frente a um legislador inoperante.

É irrecusável, pois, a eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas. Desse modo, podemos concluir que o único problema da eficácia das normas constitucionais, notadamente das normas constitucionais programáticas, reside no tipo de jurisdição constitucional praticado em cada país. Uma jurisdição constitucional desassombrada, emancipatória e

106. É evidente, e isso não se ignora, que diante de certos direitos sociais (por ex.: saúde, educação, habitação, entre outros) esta verificação, como anota Barroso (*O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 109), é por vezes complexa e encontra limites, assim de cunho econômico como político. Os limites econômicos decorrem do fato de que certas prestações, segundo opinião corrente, hão de situar-se dentro da “reserva do possível”, referentemente às disponibilidades do erário. Havendo, porém, recursos ou a possibilidade de sua obtenção, pelo cancelamento, por ex., das chamadas dotações orçamentárias “polítiqueras”, pode e deve o Judiciário determinar a inclusão das despesas referentes à implementação daqueles direitos (despesas com a construção de escolas, hospitais, com o pessoal, etc.) no orçamento da entidade estatal omissa de seu dever constitucional, situação que será examinada mais detidamente na segunda parte deste trabalho. Há, igualmente, óbices políticos, consistentes, por ex., em tomada de decisões puramente políticas, como a deliberação acerca da melhor medida de caráter médico-preventivo, dentre as diversas existentes, para conter uma epidemia. Nesse caso, salvo situações extremas de inércia ou manifesta inadequação das providências escolhidas, esta será uma decisão que passa para o domínio da discricionariedade do poder público e, por via de consequência, insusceptível de controle judicial (colhe-se o exemplo de Barroso, para demonstrar que, nessa hipótese, seria incontrastável judicialmente a decisão da autoridade sanitária que adotou como medida médico-preventiva da disseminação da AIDS uma campanha de esclarecimento pelos meios de comunicação, ao invés de, por exemplo, exigir dos turistas em visita ao país a exibição de um exame negativo da doença). Assim, a ausência da prestação será sempre inconstitucional e, portanto, judicialmente sindicável; mas, determinar se ela é plenamente satisfatória, é tarefa muitas vezes árdua e às vezes impossível (outro exemplo de Barroso: ninguém vai negar que a inexistência de um posto médico ou hospital para a assistência de uma determinada comunidade configura uma omissão inconstitucional do poder público, constatado *prima facie*. Mas sua eventual falta de capacitação para realizar uma cirurgia de alta sofisticação já não comporta um juízo assim evidente).

107. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica*, p. 32-33. No mesmo sentido, Willes Santiago Guerra Filho, *Direito Constitucional e Democracia*, p. 209.

108. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 500.

progressista, voltada a aproximar a norma da realidade, certamente contribuirá – e isso é decisivo! – para a eficácia e efetivação dessas normas constitucionais. O Judiciário, portanto, assume um papel absolutamente fundamental em um Estado que se afirma Democrático de Direito, exatamente pelo incontestável dado de que “o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo”. Nesse sentido, observou Celso Fernandes Campilongo, com absoluto acerto, que a

“magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o ‘responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais.’”¹⁰⁹

6. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a expressão *princípio* é utilizada nos diversos subsistemas sociais. Assim, os sistemas jurídico, político, econômico, religioso, entre outros, valem-se dos princípios para sustentarem e estruturarem os seus elementos constitutivos e suas operações internas. Todavia, pode-se afirmar, com apoio em Ruy Samuel Espíndola, que

“a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”¹¹⁰

O princípio é o veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade. É o ponto de partida, o começo, a origem mesma dessa sociedade. Numa perspectiva jurídica, princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico, a *pedra angular*, a *norma normarum*, o alicerce e fundamento mesmo desse sistema, que lhe imprime lógica, coerência e racionalidade.

109. ‘Os desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico’. In: José Eduardo Faria, (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 49. Cumpre ressaltar que o autor, em obra recente, adota enfoque distinto (*Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*).

110. Op. cit., pp. 47/48.

É a viga-mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos subsistemas existentes. Ele exerce uma função ordenadora desse sistema, influenciando toda sua compreensão e inteligência, desempenhando, como anota Paulo de Barros Carvalho,¹¹¹ uma força centrípeta, uma vez que atrai em torno de si todas as regras jurídicas que caem sob seu raio de influência.

Destacando a normatividade dos princípios, o jurista italiano Vezio Crisafulli define-os como

“toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras, subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”¹¹²

Paulo Bonavides, em lapidar lição, após registrar a transmutação dos princípios jurídicos, de antiga fonte auxiliar na aplicação do Direito para a norma jurídica mais importante do ordenamento jurídico, averba que os princípios

“se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”¹¹³

Com o pós-positivismo, ressalta o eminente professor cearense,

“As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹¹⁴.

Na perfeita dicção de Roque Antonio Carrazza,

“princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”¹¹⁵.

Para este grande jurista, e fazendo uso da metáfora,

“podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica,

111. *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, 6 ed. 1993, p. 90.

112. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952, p. 15.

113. Op. cit., p. 254.

114. Op. cit., p. 237.

115. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, 16 ed. p. 33.

imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados em Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos um porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhuma abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes, etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes 'alicerces' e estas 'vigas mestras' são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção."¹¹⁶

Os princípios – na escuridão da defesa de Jorge Miranda –

"exercem uma acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma acção mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo. ...A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente. Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estritamente conexos com os princípios ou através de prescrição de princípios. Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude de sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais)"¹¹⁷.

De observar-se que todas as definições transcritas convergem para apontar as seguintes características dos princípios jurídicos: são normas jurídicas e, portanto, são cogentes, obrigatórios, dotados de eficácia jurídica vinculante e integram o ordenamento jurídico; são o alicerce do sistema jurídico e, por conta disso, servem de critério para sua exata compreensão e inteligência, dando-lhe coerência geral; determinam o conteúdo das regras jurídicas e dos demais atos do poder público; condicionam a interpretação e eficácia das regras; e tem uma tríplice função, a saber, de ser *fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva*; de *orientar o trabalho interpretativo* e, finalmente, de ser *fonte supletiva em relação às demais fontes do direito*. Com estas características, podemos definir os princípios jurídicos

116. Idem, ibidem, p. 32/33.

117. Op. cit., p. 226/227.

como as *normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e por isso mesmo superiores a todas as outras, que se espalham, explícita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que eles consagram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico.*

Destaca Bonavides que, na qualidade de princípios constitucionais,

"postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeado do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas"¹¹⁸.

Em outra passagem de sua dedicada obra, o grande mestre ainda ressalta a total hegemonia e preeminência dos princípios constitucionais:

"Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"¹¹⁹.

Os princípios constitucionais, portanto, são as pautas normativas máximas de uma Constituição que refletem a sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada.

6.1. Tipologia de princípios constitucionais

J.J. Gomes Canotilho¹²⁰ oferece-nos uma classificação dos princípios constitucionais, que ele denomina de tipologia de princípios, a saber: a) *Princípios jurídicos fundamentais*; b) *Princípios políticos constitucionalmente conformadores*; c) *Princípios constitucionais impositivos*; e d) *Princípios-garantia*.

118. Op. cit., p. 260/261.

119. Op. cit., p. 265.

120. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1090.

Os *princípios jurídico-constitucionais* são todos aqueles que informam e ordenam o sistema jurídico de um Estado. Preocupam-se em definir as balizas de um ordenamento jurídico. São, na lição do próprio mestre de Coimbra,

"os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo"¹²¹.

São exemplos desses princípios, os princípios da supremacia da constituição e da constitucionalidade; os princípios da legalidade, igualdade, segurança jurídica, proteção judiciária, entre outros.

Os *princípios político-constitucionais* são aqueles que fixam as bases políticas de um Estado, conferindo-lhe um particular perfil político. Condensam as decisões políticas fundamentais consagradoras de uma Constituição política. Enfim, conformam politicamente o Estado. Canotilho os define como aqueles "*que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*"¹²². Tais princípios logram refletir "*a ideologia inspiradora da constituição*"¹²³. Os princípios políticos de uma Constituição fixam a forma de Estado e governo, o regime político, a organização e relacionamento dos órgãos do poder, o titular do poder, os fundamentos políticos do Estado, seus objetivos políticos fundamentais, entre outros. São exemplos desses princípios, os nossos princípios fundamentais do título I, da Constituição Federal de 1988, a saber, exemplificativamente, os princípios federativo, republicano, do estado democrático de direito, da separação dos poderes, da soberania popular, da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, do desenvolvimento nacional, etc.

Os *princípios constitucionais impositivos* são "*todos os princípios que, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*"¹²⁴. São as normas constitucionais de princípio programático, pois ocupam-se em definir programas, fins ou tarefas políticas. São exemplos, os princípios objetivos do art. 3º da nossa Constituição.

Os *princípios-garantia* são aqueles que estabelecem "*directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos*". Preocupam-se, exclusivamente, em tutelar os cidadãos contra a atuação abusiva do Estado. São exemplos, os princípios do juiz natural, da proteção judiciária, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica, entre outros tantos.

121. Op. cit.

122. Idem, ibidem, p. 1091/1092.

123. Idem, ibidem, p. 1092.

124. Idem, ibidem, p. 1092.

É importante ressaltar que, não raro, nos depararemos com princípios que assumem mais de uma tipologia. Assim, o princípio da segurança jurídica é, a um só momento, um princípio jurídico fundamental e um princípio-garantia, pois, para além de informar o sistema jurídico nacional, constitui poderosa garantia constitucional em favor do cidadão contra os freqüentes desatinos do Estado.

6.2. Sistema interno de princípios e regras constitucionais: uma hierarquia axiológica dos princípios constitucionais

Ainda segundo Canotilho¹²⁵, a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização, todos articulados com o propósito de iluminar a compreensão do texto supremo como um sistema interno assente em *princípios estruturantes* que, por sua vez, assentam em outros *subprincípios* (*princípios constitucionais gerais e especiais*) e, finalmente, em *regras constitucionais* concretizadoras destes mesmos princípios.

Quer dizer, a Constituição compõe-se de princípios com distintos graus de densidade normativa, de modo que um princípio, mais aberto e de maior amplitude, porém sem densidade semântica, é concretizado por outro ou outros princípios mais restritos e com maior densidade normativa (são os subprincípios) e estes eventualmente podem vir a ser efetivados pelas regras. Assim, teremos os *princípios estruturantes*, que são concretizados pelos *princípios constitucionais gerais* e estes concretizados pelos *princípios constitucionais especiais*. As *regras constitucionais*, por sua vez, densificam estes princípios constitucionais.

Assim, ainda com apoio em Canotilho,

"Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por *princípios estruturantes*, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional"¹²⁶.

São os princípios que contêm as decisões políticas fundamentais que tipificam politicamente o Estado. São, como lecionam Canotilho e Vital Moreira,

"síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àqueles podem ser directa ou indirectamente reconduzidas"¹²⁷. "...Estes princípios – prossegue Canotilho – ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que 'densificam' os princípios estruturantes, ilu-

125. Idem.

126. Idem, p. 1099.

127. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1991, v. 1, p. 66.

minando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno"¹²⁸.

Por exemplo: o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito é efetivado por diversos princípios constitucionais gerais, a saber, pelo princípio da igualdade, pelo princípio da liberdade, pelo princípio da legalidade, pelo princípio da segurança jurídica, entre outros.

Os *princípios constitucionais gerais* podem, por sua vez, realizar-se ou efetivar-se ainda mais através de outros subprincípios, ou seja, por meio dos *princípios constitucionais especiais*. Assim, por exemplo, o princípio constitucional geral da segurança jurídica é realizado ou densificado por vários princípios constitucionais especiais, a saber, o princípio da anterioridade da lei tributária, o princípio da irretroatividade das leis restritivas, o princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, entre outros.

Mas adverte Canotilho que

"Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstracto. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de 'esclarecimento recíproco' (Larenz). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial"¹²⁹.

Assim, de ver-se que há princípios (os subprincípios) que são meros desdobramentos de outros. Isso significa que, de rigor, esses subprincípios devem realizar, na exata medida, os valores abrigados pelos princípios.

A doutrina ainda faz referência a princípios explícitos, implícitos e suprapositivos. Os *explícitos* são os encontráveis nos enunciados legislativos ou nas normas escritas, ainda que não tragam o *nomem iuris* de princípios. Os *implícitos*, que coincidem com os denominados princípios gerais do Direito, são aqueles que, segundo o magistério da eminente Juíza Federal e professora Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, não encontram

"respaldo expresso na dicção de determinado dispositivo legal, mas se acha implicitamente no interior da ordem jurídica, de onde é recolhido através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas"¹³⁰.

128. Op. cit., p. 1099.

129. Op. cit., p. 1101.

130. *Princípio Constitucional da Igualdade*, Lumen Juris, 2001, p. 10.

Não obstante, têm os princípios explícitos e implícitos idêntico grau de positividade, de modo que não diferem entre si senão formalmente. Já os *suprapositivos* são aqueles que se encontram fora do sistema jurídico (por isso também chamados de *extra-sistêmicos*). Distinguem-se os implícitos e suprapositivos tendo em conta que os primeiros têm assento no direito positivo (embora previstos implicitamente, eles estão positivados), enquanto os últimos não.

6.3. Hierarquia de princípios

É evidente que, em razão do princípio da unidade da Constituição, em face do qual todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, não há, entre umas e outras, sejam elas normas-princípios ou normas-regras, qualquer hierarquia, pelo menos no sentido normativo: todas são normas constitucionais e produzem idênticos efeitos jurídicos.

Contudo, conforme já antecipamos acima, é inquestionável a existência de uma *hierarquia axiológica* entre os princípios constitucionais. Com efeito, há princípios com *distintas cargas valorativas*; uns, sem densidade semântica, mas com intensa força valorativa; outros, com densidade normativa, mas com pouca carga valorativa. Os primeiros projetam-se sobre todo o sistema de normas, exigindo que sejam observados os valores que eles consagram. Os segundos atuam em domínios normativos específicos, fazendo efetivos e concretos exatamente aqueles valores. Estes princípios, denominados por isso mesmo de subprincípios ou princípios derivados, jamais podem contrariar aqueles, sob pena de inadmissível subversão da ordenação jurídica estatal.

Bonavides é de mesma opinião, quando destaca a hegemonia axiológica dos princípios. Ouvimo-lo:

"As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"¹³¹.

Celso Ribeiro Bastos abraça idêntico entendimento:

"Em outras palavras, as Constituições não são conglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram estruturadas num todo, sem embargo de manter a sua unidade hierárquico-normativa, é dizer: todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico. Ainda assim, contudo,

131. Op. cit., p. 237

é possível identificar o fato de que certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, vão perdendo densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepor uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas¹³².

Eros Roberto Grau assim também se pronuncia:

"A importância dos princípios 'positivados' ou positivos ... e dos princípios gerais do direito é extrema. Tão grande que, da inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso, no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios"¹³³.

Geraldo Ataliba, no mesmo passo, afirma que

"O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, Ed. RT, p. 115)"¹³⁴.

Prossegue o mestre, afirmando que

"Mesmo no nível constitucional há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (a demonstração cabal disso está em Juan Manuel Terán, *Filosofía del Derecho*, p. 146)." ¹³⁵

Finalmente, o notável jurista argentino Agustín Gordillo, sustentando a supremacia dos princípios constitucionais sobre todas as normas jurídicas, inclusive as constitucionais e afirmando, por conseguinte, que o princípio é, ao mesmo tempo, norma e diretriz do sistema jurídico, informando-o visceralmente, leciona:

"Diremos entonces que los principios de Derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro de cual existe una cierta libertad, el principio tiene

132. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1988, 1ª volume, pp. 339/340.

133. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, 3 ed, p. 78.

134. *República e Constituição*, Malheiros, 2 ed. 2ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, p. 33.

135. Idem, ibidem.

sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual há de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no solo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan"¹³⁶.

Também para José Souto Maior Borges há uma inquestionável hierarquia entre os princípios. Para este notável jurista, a própria Constituição Federal admite essa hierarquia, quando considera os princípios encartados no seu título I como princípios fundamentais. Assim, sustenta existir

"uma hierarquia no inter-relacionameto desses princípios com outras normas da CF e sobretudo com outros princípios constitucionais (...) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios"¹³⁷.

Em suma, a hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais resulta da própria existência de princípios estruturantes, de princípios constitucionais gerais, de princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, desta forma escalonados.

136. *Apud* ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 35.

137. BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*, Revista Trimestral de Direito Público, p. 145.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. Hermenêutica e interpretação jurídica – 2. Interpretação jurídica e interpretação constitucional. A especificidade da interpretação constitucional – 3. As correntes interpretativistas e não-interpretativistas no direito norte-americano: 3.1. Interpretação constitucional e criação judicial do Direito – 4. Métodos de interpretação constitucional: 4.1. Método jurídico ou hermenêutico-clássico; 4.2. Método tópico-problemático; 4.3. Método hermenêutico-concretizador; 4.4. Método científico-espiritual; 4.5. Método normativo-estruturante – 5. Princípios de interpretação constitucional: 5.1. Princípio da unidade da Constituição; 5.2. Princípio do efeito integrador; 5.3. Princípio da máxima efetividade; 5.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional; 5.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização; 5.6. Princípio da força normativa da Constituição; 5.7. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade; 5.8. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis; 5.9. Princípio da interpretação conforme a Constituição – 6. A interpretação constitucional e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A hermenêutica e a interpretação jurídica são fenômenos que não se confundem, apesar de compartilharem da mesma preocupação. Ambas se unem e se esforçam em torno do mesmo objetivo, que é proporcionar a todos a melhor compreensão do Direito.

Emilio Betti, a propósito, chegou a ressaltar que a hermenêutica é uma ciência do espírito que compreende o estudo da atividade humana de interpretar.¹

Carlos Maximiliano, na mesma direção, esclarece que a hermenêutica é a “teoria científica da arte de interpretar”, de modo que a interpretação é aplicação da hermenêutica, e a hermenêutica é a ciência que descortina e estabelece os princípios que regem a interpretação. Nas palavras do mestre: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.²

A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade prática que se dispõe a determinar o

1. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 29).

2. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 01. No mesmo sentido do texto, confira-se, por todos, a obra do saudoso professor Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, pp. 18-23.

sentido e o alcance dos enunciados normativos. A hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas. A hermenêutica ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o Direito, pois cumpre a ela teorizar os princípios de interpretação jurídica. Assim, podemos dizer que, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação são os dois lados de uma mesma moeda.

Mas a tarefa prática de explorar os textos normativos é atribuída à interpretação jurídica, não à hermenêutica. E por interpretação jurídica deve-se entender a atividade prática de *revelar/atribuir* o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de *aplicá-las* a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por diletantismo, mas para resolver os problemas jurídicos concretos.

A interpretação, portanto, envolve duas atividades – uma voltada a *desvendar/construir o sentido* do enunciado normativo e outra destinada a *concretizar* o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução da natural distância que existe entre a *generalidade* dos textos normativos e a *singularidade* do caso concreto. Assim, interpretar é também concretizar; e concretizar é aplicar o enunciado normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas³. Ou, como assevera Karl Larenz⁴, a aplicação da disposição normativa ao caso concreto, isto é, a sua concretização, é aspecto *imane*nte à interpretação, que não se realiza abstratamente, pois é de rigor a exigência, na atividade de interpretação jurídica, de um *ir-e-vir* ou um *balançar de olhos* entre o texto da norma e a realidade. Aliás, com muita propriedade afirma este grande jurista que somente com a concretização da norma ou sua aplicação ao caso concreto, é que é possível revelar, por completo, o seu conteúdo e alcance.

Para a mesma direção vão as observações de Robert Alexy⁵ no sentido de que é a partir daquele *ir-e-vir* ou *balançar de olhos* entre o preceito normativo e o fato que o intérprete-aplicador estende uma ponte sobre o *abismo* que

3. Ver, a respeito, COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 36.

4. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, pp. 355 e 396-398.

5. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 221. Ver, a respeito, COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*, pp. 43-44.

há entre o texto da norma e o fato. Também para Gadamer⁶ “compreender é sempre também aplicar”; que “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*”; e que “a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto”.

Tendo em vista que a interpretação não se limita a descobrir o significado e conteúdo do texto normativo, mas também a concretizá-lo, ou seja, aplicá-lo ao caso concreto, todo texto normativo, por mais claro que se apresente, precisa ser interpretado, circunstância que revela o caráter *necessário* da interpretação. Assim, está absolutamente superado o antigo brocardo *in claris cessat interpretatio*, pois, como afirma Frosini, a “clareza de uma lei, que nunca se encontra isolada do contexto que é o ordenamento jurídico ao qual pertence e graças ao qual torna-se operante, não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, que a reconhece e afirma como tal: como clareza e certeza”⁷. Eros Grau, a propósito, critica a tradicional concepção de que a interpretação do Direito é atividade de mera compreensão do significado dos textos jurídicos:

“Daí a afirmação de que somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro. Quando isso não ocorresse, tornando-se fluente a compreensão do pensamento do legislador – o que, contudo, em regra não se daria, dadas a ambigüidade e a imprecisão das palavras e expressões jurídicas –, seria desnecessária a interpretação.

Essa concepção (...) passou por um processo de transformação ainda não completamente apreendido pelos que se dedicam ao estudo do direito e pelos que o operam”⁸.

Assim, conclui o mestre a respeito da interpretação do Direito,

“O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso”⁹.

6. *Verdad y Método*. Salamanca, Sígueme, 1993, v I, pp. 380, 396-401. Ver, a respeito, COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 44.

7. FROSINI, Vittorio. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Trad. De Jaime Restrepo. Bogotá, Temis, 1991, p. 98.

8. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

9. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

A interpretação jurídica, por outro lado, não envolve apenas uma atividade *declaratória* do intérprete, pois limitá-la a isso corresponde à mesma coisa de negar a sua primordial função de *atualizar* o Direito operando a sua adaptação às transformações sociais. Assim, “a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso”¹⁰. Por isso mesmo, conforme Müller¹¹, o texto normativo não contém imediatamente a norma, pois não se confundem texto e norma. Daí o autor haver afirmado, em sua *metódica jurídica estruturante*, que o texto é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo, de modo que a norma não compreende apenas o texto, pois abrange também um pedaço da realidade social que o texto só em parte contempla.

Cumprida a interpretação *construir a norma*, pois não há norma senão norma interpretada. Vale dizer, a norma não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação. Não se interpreta a norma, mas sim o texto normativo, pois é dele, através da interpretação, que se extrai a norma. Contudo, não se interpreta apenas o texto normativo senão confrontando-o com sua realidade histórico-social do momento em que ocorre a interpretação. Da interpretação do texto e da realidade obtém-se a *norma*. A norma, portanto, é o *significado* da conjugação que o intérprete faz entre o texto normativo e a realidade. Ainda com base em Müller, podemos sustentar que na interpretação a norma é produzida não a partir exclusivamente dos elementos colhidos do texto (mundo do *dever-ser*), mas também dos dados do caso ao qual ela (a norma) deve ser aplicada, quer dizer, a partir dos elementos da realidade (mundo do *ser*).

Eros Grau é esclarecedor a respeito:

“O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem: eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova]”¹²

(...)

“O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele ‘produz a norma’ ”¹³.

10. EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

11. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp-53-67.

12. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

13. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

Disso decorre a nova concepção que se deve ter sobre a interpretação jurídica. Cuida-se de uma importante atividade de adaptação e inserção do Direito à sua realidade, uma maneira de preservar a dialética que deve existir entre o Direito e a realidade. Logo, uma *nova hermenêutica* que leva a uma *nova interpretação* deve repelir o reducionismo tradicional da interpretação à atividade de mera subsunção, pois “a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um *dever-ser*)”¹⁴.

Cumprido, por fim, acentuar que não é finalidade da interpretação jurídica elucidar a vontade do legislador (a *mens legislatoris*). A interpretação não pode ser reconduzida a uma atividade de reconstrução do pensamento do legislador, como defendiam os *originalistas* (ou *subjetivistas*) no direito norte-americano. O que se interpreta é o texto à luz do caso ao qual ele vai ser aplicado e concretizado; logo, o que se busca na interpretação é construir o sentido do texto da norma em relação à sua realidade (eis a *norma*, como resultado da interpretação), circunstância que prestigia, não a vontade do legislador, mas uma vontade própria da disposição normativa interpretada (a *mens legis*), que, ao fim de seu processo de positivação, adquire vida própria e autônoma, separando-se do legislador.

2. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. A ESPECIFICIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação jurídica é o gênero do qual a interpretação constitucional é espécie. Com isso, o que se pretende dizer é que a interpretação da Constituição insere-se no âmbito da interpretação jurídica em geral, de modo que compartilha de seus traços comuns.

Contudo, como a interpretação constitucional tem por *objeto* a compreensão e aplicação das *normas constitucionais*, ela se serve de princípios próprios que lhe conferem especificidade e autonomia. É exatamente na peculiaridade de seu objeto – a *Constituição* – que reside a necessidade de uma interpretação *especificamente* constitucional, informada por métodos e princípios específicos e adequados ao seu objeto.

“Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar estrutura normativo-material das Cartas Políticas, mais precisamente da sua parte dogmática, onde se compendiam os direitos fundamentais.

14. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64.

Como, a toda evidência, essa estrutura normativo-material é bem distinta da que possuem os preceitos infraconstitucionais, em geral, tal particularidade exigiria do intérprete da lei fundamental situar-se em perspectiva metodologicamente adequada ao objeto do seu afazer hermenêutico¹⁵.

Ora, enquanto as normas legais possuem um *conteúdo material fechado e preciso*, as normas constitucionais apresentam um *conteúdo material aberto e fragmentado*, circunstância que justifica e reivindica a existência de uma interpretação *especificamente* constitucional.

Ademais, como lembra Luís Roberto Barroso¹⁶, a Constituição deve ser interpretada levando em conta o conjunto de peculiaridades que *singularizam* seus preceitos, destacando-se a supremacia de suas normas, a natureza da linguagem que adota, o seu conteúdo específico e o seu forte caráter político. Assim, tais peculiaridades das normas constitucionais ensejaram o desenvolvimento, por parte da doutrina, de um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

De fato, as normas constitucionais ocupam o *vértice* de todo o sistema jurídico, subordinando todas as normas legais e condicionando a própria interpretação do direito infraconstitucional (são, nesse sentido, *normas-vértice*¹⁷).

Além de superiores, as normas constitucionais normalmente veiculam conceitos abertos, vagos e indeterminados (como, por exemplo, dignidade da pessoa humana, moralidade, função social da propriedade, justiça social, relevância) que conferem ao intérprete um amplo “espaço de conformação” (liberdade de conformação, discricionariedade) não verificável entre as normas legais.

As normas constitucionais, via de regra, são normas de organização e estrutura, que traçam as competências orgânicas e os fins do Estado, e disciplinam, inclusive, o processo legislativo de elaboração das normas legais (são, nesse particular, as *normas das normas*), distinguindo-se, mais uma vez, destas últimas, que são normas prescritivas de condutas humanas.

Finalmente, as normas constitucionais, apesar de normas jurídicas, são dotadas de forte carga política em razão de sua indisfarçável pretensão de regular o fenômeno político e estabelecer as bases fundamentais de organização política do Estado.

15. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 75.

16. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 107.

17. Expressão singular utilizada por MANOEL JORGE E SILVA NETO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 39.

Tudo isso, reitera-se, está a exigir uma interpretação *especificamente* constitucional, que não ignore, é verdade, as características da interpretação jurídica em geral, mas que seja orientada, isso é certo, por métodos e princípios particulares e adequados ao seu objeto.

Preciso, uma vez mais, alerta Luís Roberto Barroso:

“Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.

A partir daí, deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico¹⁸.

3. AS CORRENTES INTERPRETATIVISTAS E NÃO-INTERPRETATIVISTAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos contrapõem-se, de há muito, duas correntes em torno da discussão dos problemas da interpretação constitucional: As correntes *interpretativistas* e *não-interpretativistas*.

A corrente *interpretativista* nega qualquer possibilidade de o juiz, na interpretação constitucional, criar o Direito, indo além do que o texto lhe permitir. Para esta corrente, que se fundamenta no princípio democrático, o juiz tem por limite a textura semântica e a vontade do legislador, devendo apenas captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto constitucional, sem se valer de valores substantivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas decisões judiciais.

Já a corrente *não-interpretativista* defende um ativismo judicial na interpretação da Constituição, proclamando a possibilidade e até a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores substantivos, como *justiça, igualdade e liberdade*¹⁹. Ora, para esta corrente, cumpre ao juiz concretizar todos esses valores constitucionais, por meio de uma interpretação substancial da

18. ‘Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil’. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 119.

19. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.122.

Constituição, que é composta, como cediço, por inúmeros princípios jurídicos abertos.

É inegável que ao juiz compete a tarefa de concretizar esses princípios jurídicos abertos, a partir deles *construindo* a solução mais adequada para o caso concreto, de tal modo que à interpretação constitucional se deve atribuir a grande responsabilidade de *vivenciar* a Constituição. O juiz, assim, torna-se *co-participante* do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para os conceitos jurídicos indeterminados e ao realizar escolhas entre soluções possíveis e adequadas.²⁰

No neoconstitucionalismo, a interpretação substancial da Constituição é um de seus temas centrais.

A corrente *não-interpretativista* prega, com razão, uma postura *substancial-concretista* da interpretação constitucional, voltada à realização dos valores cardeais que permeiam a Constituição, uma vez que, por detrás de seus preceitos e suas palavras, há uma ordem de valores esperando densificação. Possibilita-se, assim, uma criação judicial do Direito, exigindo-se uma posição *pró ativa* dos juízes.

Em razão da importância do tema – *criação judicial do Direito a partir da interpretação constitucional* – para o novo Direito Constitucional, faremos, em seguida, uma exposição a respeito.

20. LUÍS ROBERTO BARROSO. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 120-121. Em síntese admirável, noticia o autor a evolução da interpretação jurídica: "A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao *papel do juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloquente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação".

3.1. Interpretação constitucional e criação judicial do Direito

A expansão do papel do Juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial. Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da *criação judicial do Direito*, por meio de uma interpretação judicial criativa e concretizadora, em virtude da qual juízes e tribunais estão habilitados e legitimados a inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais, ainda que dependentes de legislação concretizadora.

Mais do que *co-participante* do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira *mutação constitucional* ou mudança informal do texto constitucional.

Assim, atualmente, falar do Judiciário como órgão também criador do Direito é, como nota Cappelletti, afirmar "uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária '*law-making*'".²¹ Nesse sentido, Ross²² chega a propor uma teoria jurídica de caráter realista (uma síntese do *realismo psicológico* e do *realismo comportamentista*), na medida em que entende o Direito como um fenômeno social determinado pela interpretação e aplicação das normas pelo juiz. Vale dizer, para ele, o verdadeiro criador do Direito

21. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, p. 24-25. Nos países de tradição positivista, a doutrina, durante muito tempo, resistiu à idéia de criação do Direito pelo juiz. A atividade do juiz estava confinada à vontade clara da lei. Todavia, com a complexidade das relações na sociedade moderna e a multiplicidade das demandas judiciais, a própria vontade da lei não mais se mostrava clara. Ao contrário, vaga e ambígua, a lei passa a suscitar variadas interpretações. Nesse contexto, onde o ordenamento jurídico nem sempre oferece regras claras e precisas para a solução dos casos, o juiz não apenas declara o direito existente, como também cria direito novo. Entretanto, não se pode ignorar, como adverte o próprio Cappelletti, op. cit., p. 24 e 26, que "o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*. (...) criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre', no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta". Esses limites recaem tanto sobre a atividade do legislador como sobre a do juiz, enquanto criadores do Direito. Sobre o tema, ver José Guilherme de Souza, *A criação judicial do direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

22. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, passim.

não é o legislador e sim o juiz ao interpretar e aplicar a norma no caso concreto. Nesse particular, Ross identifica-se com o realismo comportamentista (sociológico), cuja síntese teórica podemos encontrar em Holmes, em frase tão citada: "O que entendo por direito, e sem nenhuma outra ambição, são as profecias do que os tribunais farão de fato".²³ E essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade de criar o Direito, se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras que apresentam maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação.²⁴ O que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre²⁵, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição.

A criação judicial do Direito, como consequência da expansão e do crescimento do Judiciário, e da nova interpretação constitucional, afigura-se como uma autêntica revolta contra o "formalismo" que imperava nos Estados de inspiração liberal, época em que a atividade do juiz cingia-se tão-somente a declarar mecanicamente o direito, valendo-se apenas dos instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, nessa declaração, sua impressão ou valoração pessoal. E isso era natural, uma vez que, no Estado Liberal, o Direito dependia essencialmente do legislador. Todavia, no Estado Social moderno, da sociedade de massas, o Direito "não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz".²⁶ Daí uma constatação óbvia: não há monopólio legislativo na formulação do Direito. Se não se reconhecesse ao juiz também essa função de criar o Direito, não poderia ele cumprir sua missão, que é a de compor os conflitos. É a própria natureza das coisas, segundo Chaim Perelman, que obriga a reconhecer ao juiz essa função criadora e normativa.²⁷

Na sociedade contemporânea, portanto, a "politização do juiz" é uma necessidade inconcussa, de tal sorte que ele, como acentua Cappelletti,

23. HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, t. 10, 1897, p. 457 e segs., *apud* Alf Ross, *op. cit.*, p. 100.
24. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1147.
25. Nesse sentido, ENTERRÍA, Eduardo García de. "La democracia y el lugar de la ley". In: *El Derecho, la Ley y el Juez: Dos estudios*, p. 51. Segundo o autor, "El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria".
26. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: Autonomia e Justiça*, p. 304.
27. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, p. 196.

"não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma 'neutra'. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente."²⁸

Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional. Em síntese lapidar, Celso Campilongo expõe a função política do juiz, nestes termos:

"A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável."²⁹

É dado da realidade, outrossim, que a considerável transformação do Estado no contexto social conduz inevitavelmente à superação de sua tradicional função de "proteção" e "repressão", reduzida à solução dos chamados conflitos privados (civis ou penais), de modo que ele não pode mais ser concebido como um simples *gendarme* ou *night watchman*. O novo Estado – o

28. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 33.

29. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p. 61. É interessante, nesse contexto, reproduzir os quatro modelos de juiz concebidos por Carlo Guarnieri (*Magistratura e política in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 27-40, *apud* Celso Campilongo, *op. cit.*, p. 46): a) o *juiz-executor*, de baixa independência e baixa criatividade, como aquele que tão-somente executa passivamente a vontade da lei, sem qualquer possibilidade de definição do sentido do Direito; b) o *juiz-delegado*, de baixa independência, mas de alta criatividade. A independência é baixa porque ele é um mero delegado dos demais Poderes, mas a criatividade é alta, porém colocada à disposição de quem delega os poderes; c) o *juiz-guardião*, de alta independência, porém de baixa criatividade, cujo modelo pressupõe a consagração de uma Constituição e a atribuição, ao Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade das leis. Seu limite é a Constituição, que faz às vezes dos códigos do século XIX; e, finalmente, d) o *juiz-político*, de alta independência e alta criatividade. Na trilogia de Ost, esses modelos estão associados a três figuras (pirâmide, funil e rede) e, respectivamente, a três deuses e períodos históricos: Júpiter-direito liberal; Hércules-direito social e Hermes-direito pós-moderno. O juiz-executor está próximo do juiz-Júpiter. O juiz-delegado e o juiz-guardião, embora distintos, aproximam-se ao juiz-Hércules. O juiz-político assemelha-se com o juiz-Hermes.

État providence dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade moderna, de natureza essencialmente *promocional*, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. E é óbvio que, como acentua Cappelletti, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, o Judiciário, como órgão desse novo Estado Social, tem destacado e importantíssimo papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, “um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.³⁰

Nesse sentido, exige-se desse também novo Judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes. Como consequência inarredável dessa profunda transformação do Estado, o Judiciário, portanto, teve acentuado aumento de suas funções e responsabilidades, assumindo, com a *justiça constitucional*, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação – notadamente as omissões – do poder público³¹, elevando-se ao nível dos outros Poderes, capaz de controlar, como o *terceiro gigante* “na coreografia do estado moderno”, o “legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.³² A natural tendência da magistratura, pelo seu habitual conservadorismo, seria até contrária a isso, acentua o autor italiano. Contudo, essas transformações do Estado tornaram-no inevitável.

O crescimento do Poder Judiciário deve-se, curiosamente, ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social. Com efeito, o agigantamento do Poder Legislativo, chamado a intervir em áreas sempre maiores de assuntos e de atividade, de um lado; e o gigantismo do Poder Executivo, profundo e potencialmente repressivo, de outro, suscitou o crescimento do Poder Judiciário como aquele *terceiro gigante* capaz de controlar, com eficiência, os aumentados poderes do legislativo e executivo do Estado leviatã. Ademais, tamanho foi o aumento das responsabilidades do

30. Op. cit., p. 41-42. Segundo o autor, “nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.

31. Conforme escrevemos em *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

32. Op. cit., p. 47.

Poder Legislativo nas sociedades democráticas, que o processo legislativo tornou-se particularmente pesado, lento e obstruído, forçando, em consequência, o aumento do grau de criatividade da função jurisdicional, onde o ativismo judicial encontra e fornece soluções para os diversos conflitos de interesses muito mais rápidas do que as providências adotadas pelo legislador³³. É da pena de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que vem a pertinente anotação acerca da “crise da lei”, como reflexo da “falência” dos Parlamentos como legisladores, em razão de sua incapacidade de dar conta das necessidades legislativas dos Estados contemporâneos, para além de a lei ser hoje, em regra, mero resultado do prevalecimento ocasional de alguns interesses. Segundo o autor, as normas que orientam o trabalho do Legislativo dão ensejo a “delongas, oportunidade a manobras e retardamentos”. E os projetos legislativos, em decorrência disso, “se acumulam e atrasam”. “E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados”.³⁴

Desse modo, diferentemente do Judiciário “invisível”, “nulo” e “inanimado”, tal como concebido pela clássica teoria da separação de Poderes, devemos necessariamente reconhecer a extraordinária grandeza e vigor do “atual” e “renovado” Poder Judiciário, como garantia do Estado Constitucional Democrático, pois um sistema *equilibrado* de controles recíprocos depende, como garantia democrática da liberdade, da coexistência de um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*, “no qual o ‘crescimento’ do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes”.³⁵ Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os Poderes.

Dentre uma gama de fatores responsáveis pelo crescimento do Poder Judiciário, destaca-se, com particular importância, a formulação de extenso catálogo de direitos fundamentais, que constituem, como já vimos, o elemento central ou a alma das Constituições dos Estados Democráticos. Para a proteção jurisdicional desses direitos, concebeu-se a chamada *justiça constitucional das liberdades*, com a qual o Judiciário desempenha efetivo e decisivo papel no controle dos abusos – por atos comissivos ou omissivos – dos outros

33. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 37. Segundo o ilustrado autor, no campo da experiência judicial, “as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito sob a forma de *novas leituras* dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos”.

34. *Do Processo Legislativo*, p. 14.

35. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 55.

Poderes, exercendo *criativa* atividade de interpretação e realização dos direitos sociais. Aliás, é exatamente no âmbito da justiça constitucional e da proteção judiciária dos direitos fundamentais sociais que a criatividade judicial é particularmente elevada³⁶ e a interpretação constitucional é mais aguçada. Desse modo, o dogma da separação de Poderes e o princípio democrático devem ser compreendidos num terreno onde radicam todas as dimensões ou gerações de direitos fundamentais, "as quais, para se concretizarem, impetram uma hermenêutica de princípios sujeitos a colidirem, não havendo, porém, instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado democrático de Direito do que a jurisdição constitucional".³⁷

Os sistemas constitucionais modernos, portanto, exaltam o Judiciário como aquele Poder que se dota de melhores condições para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, particularmente quando se apresenta quadro de ameaça ou violação destes direitos, cumprindo-lhe a elevada e esperada missão de impedir e desfazer as ofensas que os ameaçam e afrontam. Por isso mesmo, cabe ao Poder Judiciário, na esteira do entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, "fazer-se pronto na dimensão desta competência sem o exercício da qual os direitos fundamentais são atingidos irremediavelmente e as agressões lesam todo o sistema jurídico, botando abaixo a própria jurisdição como um direito".³⁸

É importante, todavia, enfatizar que o demasiado crescimento do Poder Judiciário, com a sua irrefutável capacidade de criar o Direito, não o transforma, apesar disso, em órgão legislativo. Com efeito, o papel acentuadamente criativo dos juízes não os torna legisladores³⁹ ou legisladores delega-

36. Ibidem, p. 129.

37. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 586-587.

38. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit., p. 54-55.

39. É uma constante, entre nós, a afirmação de que o Judiciário agiu como "legislador negativo" ou como "legislador positivo". Ocorre a primeira hipótese, quando ele simplesmente declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, pronunciando a nulidade de um ou de outro; a segunda, quando, declarando a inconstitucionalidade por omissão (total ou parcial) do poder público, o Judiciário supre essa omissão, provendo a situação omitida. Evidentemente que, em ambas as hipóteses, o Judiciário não age como legislador, mas, sim, como ele próprio, no desempenho de sua função de criar o Direito, sob o manto do princípio da *supremacia da Constituição*, afastando a aplicação do Direito criado pelo legislador, por inconstitucional, ou colmatando as omissões porventura existentes. Assim, quando se fala, por equívoco terminológico, que os juízes ou tribunais "agem como legisladores", na verdade parece simplesmente ter-se querido afirmar que os juízes ou tribunais "criam o Direito". Vide, nesse mesmo sentido, Cappelletti, op. cit., p. 74 e Eros Roberto Grau, op. cit., p. 316. Segundo este último autor, embora também se atribua ao Poder Judiciário a função de produzir o Direito, não se pretende, com isso, conferir-lhe "o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo (...). O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da *supremacia da Constituição* – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o *poder*, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito. Não se predica, aí, a

dos⁴⁰. Em que pese sejam eles freqüentemente convocados a interpretar e, em conseqüência, inevitavelmente a esclarecer, integrar, conformar, transformar, constituir e, não raro, a criar *ex novo* o Direito, isto não significa que sejam legisladores, pois há significativa diferença, pelo menos sob o ponto de vista *formal* ou *procedimental*, entre jurisdição e legislação. Deveras, sob o prisma *substancial*, inexistente qualquer diferença entre jurisdição e legislação, haja vista que ambos os processos, o jurisdicional e o legislativo, *constituem processos de criação do Direito*, ou seja, são *law-making processes*⁴¹. Para essa direção também apontam as lições de Habermas, quando assinala que o Legislativo e o Judiciário concorrem na construção e conformação do Direito. Assim, deixa o autor registrado que a função do Legislativo "é reduzida do legislar originariamente, para a de concretizador", e a do Judiciário, "da aplicação interpretativa do Direito, para a sua concretização criativa", de tal modo que "a diferença qualitativa precedente, entre o legislar e a jurisdição, é anulada. Ambos, Legislativo e o Judiciário desenvolvem o Direito, sob a forma de sua concretização, e competem entre si ao fazê-lo". Conclui o autor afirmando que, nessa competição, embora o Legislativo tenha a liderança, é o Judiciário que tem a prioridade, pois lhe cabe a última palavra⁴².

Mas, sob o prisma *formal* ou *procedimental*, distam essencialmente esses dois *modos* de criação do Direito. Assim, enquanto o processo jurisdicional,

atribuição, a ele, indiscriminadamente, de poder para estatuir norma abstrata e geral". Debruçando-se sobre o 'mito' da separação de Poderes, geralmente invocado como óbice à efetivação judicial das normas constitucionais, o autor, embora parcimonioso, é preciso: "quanto ao argumento de que a atribuição dessa autorização ao Judiciário importaria violação do princípio da 'separação dos poderes', cumpre tão-somente lembrar que além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da *função normativa*, mas sim, apenas, da *função legislativa*, já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular".

40. Fazemos essa referência para lembrar o que escreve Ronald Dworkin a respeito, em *Levando os Direitos a sério*, p. 129. Segundo o autor, "os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo". Enfim, segundo o autor, enquanto os argumentos de política destinam-se a estabelecer um objetivo coletivo, os argumentos de princípio preordenam-se a estabelecer um direito individual. O Legislativo tem competência para aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Se o Judiciário fosse legislador segundo ou delegado, ele também deveria ser competente para fazer o mesmo. Todavia, as decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas (p. 132).

41. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 74.

42. JÜRGEN, Habermas. *Facticidade e Validade: uma introdução à Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*, p. 211.

que se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, deve ser, necessariamente, imparcial, independente, inicialmente inerte e garantidor do contraditório, constituindo essas características o que Cappelletti chama de “virtudes passivas” do processo jurisdicional, o processo legislativo não precisa sê-lo. Essas “virtudes passivas”, segundo o autor, determinam, não o conteúdo ou a substância, em relação aos quais não se pode falar de “passividade” do juiz, mas o *modo* como deve se desenvolver a função jurisdicional.⁴³

Não obstante toda essa transformação social que levou ao inevitável crescimento do Poder Judiciário, existe, não se ignora, forte resistência ao reconhecimento da capacidade desse Poder em criar o Direito e, conseqüentemente, em efetivar diretamente as normas constitucionais, independentemente de intermediação legislativa. O principal argumento, entre outros, aponta para a falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, que não são eleitos, para inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito. Essa prática, segundo autores que objetam a criação judicial do Direito, “é inaceitável porque antidemocrática”⁴⁴, pois pode conduzir, mais cedo ou mais tarde, ao Estado totalitário, transformando o Judiciário em instrumento de tirania. Assim, somente os Poderes Legislativo e Executivo têm legitimidade, pelo caráter majoritário de suas representações, em criar o Direito.

Esses argumentos, contudo, não procedem. De feito, como bem observou Cappelletti, a ciência política vem demonstrando que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, os Poderes Legislativo e Executivo, embora tradicionalmente considerados diretamente responsáveis perante o povo, jamais constituem, distintamente do Poder Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa⁴⁵. Isso porque, conforme revela, não surpreendentemente, Martin Shapiro, analisando o sistema político-constitucional americano, cujas considerações, contudo, se estendem ao resto do mundo ocidental,

“o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.”⁴⁶

43. Ibidem, p. 79.

44. LORD DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, em *Modern Law Rev.*, 39 (1976), p. 10, *apud* Mauro Cappelletti, op. cit., p. 93.

45. Op. cit., p. 94.

46. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1966, p. 24, *apud* Mauro Cappelletti, op. cit., p. 95.

Efetivamente, longe de representar a sociedade, a “vontade geral”, a “vontade do povo”, o Legislativo e o Executivo são fiéis a interesses espúrios de lobistas e organizações que contribuíram para os “caixas de campanha”. Assim, é manifestamente ingênua a crença que ainda persiste no caráter representativo das corporações legislativas e dos órgãos executivos. O foro atual das deliberações políticas não são mais as sessões plenárias, e sim, as secretas reuniões realizadas nos gabinetes parlamentares. Tudo isso revela, atualmente, uma crise da representação política e, com ela, a crise da democracia representativa, de tal sorte que aquela lei concebida como “expressão da vontade geral do povo” é hoje mera ficção, pois a lei há muito não representa o povo, ao revés, contraria a sua vontade, desrespeitando, com não rara freqüência, as normas imperativamente alçadas a preceito constitucional e os direitos fundamentais, com o fim de favorecer a grupos poderosos.

Já se observa, portanto, como inconsistente é o argumento do caráter não-majoritário, não-representativo ou não-democrático das decisões do Judiciário que criam o Direito. Ora, no cotidiano jogo de forças políticas, com o processo de formação de grupos políticos, de alianças, articulações e de apoios políticos das mais variadas ordens, cujos protagonistas são os órgãos do legislativo e executivo, as questões que freqüentemente surgem podem dizer respeito a tudo, menos a decisões majoritárias e representativas da população. Isso significa que, no mundo político real, não há mais sentido “em submeter, de forma simplista, os vários ramos do *government* a análises baseadas em etiquetas como ‘voz da maioria’, ‘democrático’ ou ‘não democrático’”.⁴⁷ De mais a mais, no constitucionalismo contemporâneo, a noção de democracia não pode ficar retida e reduzida a uma simples idéia ou regra de maioria. As minorias também devem ter voz num sistema democrático, até porque maioria e minoria são, igualmente, manifestações da soberania popular⁴⁸. Democracia, portanto, também significa participação, liberdade e tolerância. Ademais, não podemos olvidar o valor da democracia participativa, de iniciativa popular, para o desenvolvimento da idéia constitucional. Nada obstante, é preciso ressaltar que o próprio Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal é composto, como sabido, por onze juízes vitalícios

47. MARTIN SHAPIRO, op. cit., p. 24-25, *apud* Mauro Cappelletti, op. cit., p. 96.

48. ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 92-98, após afirmar que a “democracia no se compadece con un absolutismo de la mayoría, ni siquiera con la dominación de la mayoría”, esclarece que o “derecho de la mayoría a tomar decisiones vinculantes de modo general y a disponer de la legalidad se basa precisamente en que ella se encuentra con la minoría en una situación de (continua) competencia por el liderazgo político, y esta tiene las mismas oportunidades para convertirse en mayoría”.

nomeados pelo Presidente da República após aprovação, por maioria absoluta, do Senado Federal. Essa investidura política dos membros do Supremo Tribunal Federal dá-lhes, sem dúvida, representatividade popular, uma vez que a filosofia política da Corte dificilmente – e a prática tem demonstrado isso – ficará em contraste com a filosofia prevalente nas maiorias políticas dos outros Poderes.

A idéia que historicamente ligava o Parlamento à liberdade e à democracia está hoje superada pela realidade política contemporânea, sobretudo em razão da chamada “crise da lei” e do perene “estado de omissão”, de como vêm se comportando as câmaras legislativas diante dos reclamos legítimos de uma população sequiosa por mudanças sociais. Por isso mesmo, segundo destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a tendência contemporânea é a de restringir o Parlamento a uma função de controle, fazendo dele o fiscal do governo”. E

“não sendo necessária a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa. Tais experiências não poderão, de per si, ainda que amesquinhem a participação das câmaras nessa tarefa, ser recusadas por antidemocráticas, desde que atendam aos valores fundamentais de liberdade e igualdade.”⁴⁹

A legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside, sem dúvida, na consistência das decisões do Poder Judiciário, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas, a fim de que se possa assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiosincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade⁵⁰.

A Constituição brasileira de 1988 confere essa legitimidade aos órgãos do Poder Judiciário, quando exige que todos os julgamentos proferidos pelos juízes e tribunais sejam públicos, e que todas as suas decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX). A legitimidade do Judiciário é adquirida pelo modo como exerce a jurisdição⁵¹. Reforça essa legitimidade a garantia que o Judiciário proporciona a pessoas ou grupos marginalizados pelos outros Poderes, permitindo o acesso ao *judicial process* para, assim, dispensar a necessária proteção a essas pessoas ou grupos, privados de condições de obtê-la junto ao *political process*. Deveras, como registra Cappelletti,

49. *Do Processo Legislativo*, p. 272.

50. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 98.

51. LUIS PRIETO SANCHÍS, *Ideologia e Interpretação Jurídica*, p. 117. No mesmo sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 72.

“a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.”⁵²

Mas não é só. O processo judicial de criação do Direito, caracterizado, como vimos acima, por suas “virtudes passivas”, é o que mais garante a participação do cidadão, em comparação a outros processos da atividade pública. Nesse sentido, podemos afirmar que ele é o mais democrático de todos, pois se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, que têm a prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, delimitando-o, sendo-lhes ainda assegurada a garantia do contraditório. Para Cappelletti, o respeito a essas regras fundamentais do processo judicial constitui a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária⁵³. De fato, a acessibilidade do povo ao Poder Judiciário é incomparavelmente maior do que seu acesso aos outros Poderes, pois enquanto o pedido da parte é “a chave para abrir as portas de um tribunal”, além do fato de que a atividade do Judiciário é desempenhada, em regra, publicamente, permanece “coberto de mistério”, pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência perante os órgãos do Legislativo e do Executivo⁵⁴.

O Judiciário, em suma, legitima-se pela função que exerce em compor os conflitos de interesses, pacificando os litígios e confortando as tensões das partes, dentro de um clima de respeito mútuo, igualdade, equilíbrio, transparência e independência, livre, portanto, das pressões políticas. Ademais, como a consagração de um catálogo de direitos fundamentais é a pedra de toque das Constituições democráticas, a legitimidade democrática do Judiciário torna-se mais manifesta e ostensiva no controle que este órgão exerce na

52. *Ibidem*, p. 100.

53. Op. cit., p. 103. Segundo este autor, cujas lições permeiam boa parte deste item do trabalho, “o respeito por parte dos juízes àquelas regras fundamentais de antiga sapiência, que, como afirmamos, determinam a ‘natureza’ da função jurisdicional, constitui uma fonte de legitimação diversa da dos poderes políticos. Os sujeitos que operam nesses poderes podem ser, efetivamente, e frequentemente são, mais diretamente ligados à vontade majoritária, escolhidos e confirmados por esta e em face desta mais diretamente responsabilizados. Todavia, a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade” (p. 103-104). Assim, conclui o autor afirmando que, “embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais” (p. 105).

54. SHIRLEY M. HUFSTEDLER, *In the Name of Justice*, em *Stanford Lawyers*, 14-1 (1979), p. 06.

salvaguarda e efetivação desses direitos, de tal modo que, como já dissemos alhures, os direitos fundamentais legitimam⁵⁵ o Judiciário a desenvolver e efetivar diretamente as normas constitucionais que os definem, independentemente de atuação do legislador. Podemos afirmar, portanto, que a criação judicial do Direito ou, em especial, a possibilidade de o juiz realizar a interpretação constitucional para concretizar valores substanciais e fazer atuar diretamente as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, inclusive os sociais, não é democrática no sentido formal de que seja resultado da solene manifestação da vontade do povo ou de seus representantes livremente eleitos, mas, sim, porque ela é dialógica, consentida e anelada pela comunidade, e, enquanto tal, satisfaz a um primordial requisito da democracia material⁵⁶. A ineficiência do Poder Judiciário em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais é que, pelo contrário, conduz a uma crise de sua legitimidade.

Ronald Dworkin, a esse respeito, entende que a objeção segundo a qual o Direito deveria ser criado por autoridades eleitas, parece irrepreensível quando se imagina o Direito como questão política. Todavia, se o “juiz justifica com êxito uma decisão em um caso difícil” (os *hard cases*), “não em bases de política, mas sim em termos de princípio”, de modo que ele se mostra capaz de revelar “que o demandante tem o *direito* de ser compensado por seus danos”, essa objeção deixa de ser séria. Ela é irrelevante, diz o autor,

“quando um tribunal julga um princípio, pois um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a

55. Os direitos fundamentais, como já tivemos a oportunidade de abordar no Capítulo I da segunda parte deste trabalho, constituem os pilares ético-jurídico-políticos de um Estado Democrático, que se sobrepõem a toda forma de organização e estruturação do corpo político estatal, inclusive sobre o velho dogma referente à separação de Poderes. Não é por acaso que eles representam, nos dias de hoje, o núcleo material de maior preocupação de todas as Constituições dos Estados Democráticos. Interessantes, a respeito, as considerações que faz Paulo Bonavides, op. cit., p. 537: “Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social”. Assim, a maior preocupação do constitucionalismo contemporâneo não é mais com o velho Direito Constitucional da separação de Poderes, mas sim com o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais. “Com efeito – diz Bonavides – a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado Liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante” (p. 539).

56. LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 602-603, apud CA-PPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 98.

comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento.”⁵⁷

Nesse contexto, Dworkin concebe os direitos como “trunfos” que podem ser usados no discurso jurídico contra os argumentos de política.

Do exposto, um Judiciário *ativo, dinâmico e criativo*, capaz de contribuir dinamicamente para a formação e evolução do Direito, certamente muito pode colaborar com a democracia, exercendo o importante e decisivo papel de desenvolver e difundir os valores por ela consagrados, entre os quais destacam-se, com especial importância, os direitos fundamentais, que a ele cabe, sem dúvida, efetivar. Esse ativismo e criatividade dos juízes, sob o ponto de vista jurídico, é um imperativo constitucional nos países, como no Brasil, onde o regime das liberdades é alçado à prioridade absoluta. E uma necessidade, sob o ponto de vista sociológico, da profunda metamorfose das sociedades modernas. Ademais, a idéia de justiça constitucional reforça a legitimidade democrática do Judiciário na criação do Direito e, por consequência, na efetivação das normas constitucionais. Com efeito, a justiça constitucional é concebida, no constitucionalismo contemporâneo, como condição de possibilidade do Estado Democrático. Aliás, a experiência de inúmeros Estados tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, que passou a ser progressivamente considerada como elemento necessário da própria definição da Democracia⁵⁸. É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Judiciário.

Enfim, é o próprio Estado Democrático de Direito que se apresenta como condição de possibilidade e legitimidade de uma interpretação especificamente constitucional. Desse modo, cumpre ao juiz, no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais, cabendo-lhe, até mesmo, se necessário à plena realização dos direitos fundamentais, viabilizar políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política.

57. *Levando os Direitos a sério*, p. 134.

58. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, p. 99-100.

A Constituição de 1988, portanto, inovou profundamente a função do Judiciário no âmbito do Estado Social, onde o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais. Tércio Sampaio Ferraz Júnior bem percebeu essa inovação, quando anota que o “sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais

“altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivos (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.”⁵⁹

Isso quer dizer, segundo aponta o citado autor, que o juiz agora também é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado do Bem-Estar Social, de tal sorte que, não obstante a ele não se atribua a função de criar políticas públicas, cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela Constituição. Assim exigem os postulados da justiça social, base de legitimação de todos os Estados modernos, notadamente dos Estados subdesenvolvidos. E sem justiça social não há Estado de Direito, nem democracia⁶⁰.

O mito tradicional do juiz montesquieuiano “invisível” e “nulo”, que se apresenta como a “inanimada boca da lei”, que mecanicamente declara o Direito preexistente e cujas decisões nada mais são do que o resultado de insensível e inexorável lógica jurídica, deve ser afastado e desfeito, sob pena de que – retraindo-se o juiz diante das questões de relevo político e social ou pautando-se de modo excessivamente formalista ou conservador –, acabe por perder relevância na opinião pública. Uma postura tímida e acanhada do Judiciário decerto significará uma “renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”⁶¹, deixando, assim, de atender as expectativas que a sociedade criou em torno deste Poder. O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a

59. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, nº 11, p. 345 e ss.

60. BONAVIDES, Paulo *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 218.

61. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*, p. 154.

nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se co-responsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação⁶².

4. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Cumprir advertir, com base nas lições de Canotilho⁶³, que a questão do “método justo” em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. Por isso mesmo, para o mestre de Coimbra, não há apenas um método de interpretação constitucional, podendo-se afirmar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – distintos, porém, em geral, reciprocamente complementares.

Esse sincretismo metodológico, apesar de criticado por alguns, vem recebendo o aplauso da maioria da doutrina, com o fundamento de que, em face da natureza complexa e aberta da interpretação constitucional, todo pluralismo é recomendável na medida em que amplia o horizonte de compreensão do intérprete e lhe facilita no exercício da tarefa de concretizar o direito.

Tais métodos, como sintetizados por Canotilho⁶⁴, são fundamentalmente o método *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*; o *tópico-problemático*; o *hermenêutico-concretizador*; o *científico-espiritual*; e o *normativo-estruturante*, cujas características básicas resumiremos a seguir.

4.1. Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Este método parte da consideração de que a Constituição é uma lei, de modo que a interpretação da Constituição não deixa de ser uma interpretação

62. FARIA, José Eduardo. ‘O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira’. In: José Eduardo Faria, (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 99. Segundo o autor, é justamente aí “que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor. Trata-se do fosso revelado pelo crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem*, com a finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza”.

63. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.136.

64. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.136.

da lei (tese da identidade entre a interpretação constitucional e interpretação legal). Se assim o é, para a interpretação da Constituição deve o intérprete utilizar os elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica, que remontam à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840, quais sejam: a) do elemento *gramatical* (ou filológico, literal ou textual); b) do elemento *histórico*; c) do elemento *sistemático* (ou lógico); d) do elemento *teleológico* (ou racional) e e) do elemento *genético*.

A articulação desses elementos levará a uma *interpretação jurídica* da Constituição, em que a força normativa de suas normas é assegurada pela dupla relevância atribuída ao texto: 1) ponto de partida da interpretação; 2) limite da interpretação, pois a função do intérprete será a de revelar o sentido do texto⁶⁵.

A doutrina, de um modo geral, não repele a aplicação do método jurídico na interpretação constitucional, pois a Constituição pode perfeitamente ser interpretada a partir daqueles elementos clássicos. Aliás, entre nós, o Supremo Tribunal Federal vem constantemente trabalhando com uma interpretação constitucional combinando os referidos elementos⁶⁶. Há casos, inclusive, em que a norma constitucional se contenta com uma mera interpretação literal, a exemplo do art. 40, § 1º, II, consoante o qual o servidor público com 70 anos de idade aposenta-se compulsoriamente. Tal facilidade decorre, é verdade, da circunstância de que, na hipótese exemplificada, cuida-se a norma de uma regra constitucional, que contempla a própria solução para o problema que descreve. Por outro lado, a Constituição traz situações mais complexas cuja interpretação não se realiza a contento com o emprego do método tradicional. Exemplo disso é o art. 226, § 3º, segundo o qual "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". À primeira vista, pode parecer que a Constituição só reconhece a união estável entre o homem e a mulher, para efeito da proteção do Estado,

65. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.137. Segundo Canotilho, a defesa estrita do método jurídico no plano da interpretação constitucional foi feita por FORSTHOFF.

66. Só para conferir, vide a seguinte ementa: "Agravamento regimental. - A posição sustentada pelo agravante pretende basear-se em interpretação puramente literal, que é a forma mais rudimentar de exegese. Por isso, esta Primeira Turma acolheu, quanto a esse artigo 7º, XXIX da Constituição, a interpretação lógica que, sem contrapor-se à letra do dispositivo, é a no sentido de que esse texto, com a expressão créditos, abarca os direitos de crédito quaisquer que sejam, não estabelecendo regra alguma sobre essa prescrição alcança apenas as prestações vencidas (prescrição parcial) ou se atinge também o denominado fundo de direito (prescrição total). Agravamento a que se nega provimento" (STF, AI-AgR 200733/RS, Primeira Turma, Relator Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 30/09/1997, publicação DJ 14-11-1997 PP-58780).

não albergando as uniões homoafetivas. Mas numa interpretação especificamente constitucional, voltada à concretização dos valores substanciais da Constituição (entre os quais, na hipótese, destacam-se a *dignidade da pessoa humana* e a *liberdade de opção sexual*), com a aplicação de métodos que iremos estudar mais adiante, fica irrefutável, a nosso sentir, que existe uma proteção constitucional àquelas uniões.

Todavia, o que se deseja neste ponto é deixar claro que o método jurídico é insuficiente e não satisfaz, *por si*, a interpretação constitucional, que carece de métodos mais adequados com o seu objeto (as normas constitucionais).

4.2. Método tópico-problemático

O pensamento tópico no campo jurídico deve-se a Theodor Viehweg⁶⁷ que, em 1953, publicou a sua obra *Tópica e Jurisprudência*. Para o autor, a tópica seria uma *técnica de pensar o problema*, ou seja, uma *técnica mental que se orienta para solução de um problema*.

Este método parte basicamente das seguintes premissas: 1) *caráter prático* da interpretação, tendo em vista que toda interpretação se destina a solucionar problemas práticos e concretos; 2) *caráter aberto, fragmentário ou indeterminado* das normas constitucionais, em razão de sua estrutura normativo-material; 3) *preferência pela discussão do problema* em razão da abertura das normas constitucionais que não permitem qualquer operação de subsunção a partir delas próprias.

Em razão disso, a interpretação constitucional leva a um *processo aberto de argumentação* entre os vários partícipes ou intérpretes, por meio da qual se tenta adaptar a norma constitucional ao problema concreto. Os intérpretes vão se utilizar de vários *topoi*⁶⁸ ou pontos de vista (considerados relevantes para o caso), com o fim de revelar, dentro das várias possibilidades ensejadas pelos múltiplos significados do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.

Vê-se, pois, que para este método, em razão das dificuldades de se interpretar a Constituição a partir de suas normas, porque sempre abertas, deve a interpretação partir da discussão do problema concreto que se pretende

67. Viehweg, THEODOR. 'Tópica e Jurisprudência'. In: *Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo*, vol. I. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: DIN, 1979.

68. *Topoi* ou *tópicos* são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que podem ser empregados a favor ou contra determinada opinião aceita e podem conduzir à verdade (Viehweg). Isto é, são pontos de vista considerados revelantes e pertinentes utilizados para a argumentação de um problema.

resolver para, só ao final, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema (caso concreto) para a norma, fazendo caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma, e não do problema mesmo.

Canotilho⁶⁹ não poupa críticas a este método, pois, segundo ele, uma interpretação constitucional a partir dos *topoi*, pode conduzir a um casuismo sem limites, além do fato de que a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

4.3. Método hermenêutico-concretizador

O método hermenêutico-concretizador, ou concretista, parte da idéia de que a leitura de todo texto, em geral, e da Constituição, em especial, deve se iniciar pela *pré-compreensão* do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete.

O intérprete exerce um papel fundamental na interpretação, cumprindo-lhe desempenhar uma atividade *criativa* voltada a obter o sentido do texto com vistas a concretizá-lo *para e a partir* de uma situação concreta, distinguindo-se do método tópico-problemático, porque, enquanto este pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional sobre o problema.

Aliás, segundo Hesse, seu principal teorizador, a “vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo”⁷⁰.

Este método, segundo Canotilho⁷¹, vem realçar vários pressupostos da interpretação: 1) os pressupostos *subjetivos*, uma vez que o intérprete desempenha um papel criador (*pré-compreensão*) na atividade de obter o sentido do texto constitucional; 2) os pressupostos *objetivos*, ou seja, o *contexto*, atuando o intérprete como *mediador* entre o texto e a situação em que se aplica; e 3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do

69. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.137-38.

70. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63.

71. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.138.

intérprete, transformando a interpretação em movimento de *ir-e-vir* (círculo hermenêutico).

Enfim, o método concretista considera a interpretação constitucional como uma atividade de *concretização* da Constituição, circunstância que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma. Hesse parte das mesmas premissas do método tópico-problemático, tomando, inclusive, como ponto de partida o método tópico orientado pelo problema a ser solucionado. Porém, afasta-se do método tópico-problemático, porque a interpretação, para ele, está limitada e se inicia pelo texto, superando o problema da abertura e indeterminação dos enunciados normativos através da *pré-compreensão* do intérprete, que lhe possibilita atribuir sentido aos enunciados, integrando o seu conteúdo material. Na *pré-compreensão* do enunciado ou texto normativo, o intérprete, apesar de gozar de certo espaço de conformação ou decisão, não age arbitrariamente, pois o seu trabalho de determinar o próprio conteúdo da norma deve estar vinculado à realidade histórico-concreta do momento e condicionado pela consciência jurídica geral, formada a partir de um conjunto de dados objetivos, como, por exemplo, os valores éticos consagrados pela comunidade e os princípios fundamentais desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência. O certo é que, na *pré-compreensão*, o juiz-intérprete não se vale apenas de sua consciência, mas de uma consciência derivada de um sentimento geral e comum do que é justo e equitativo, com o reconhecimento de todos que, direta ou indiretamente, estão relacionados ao Direito⁷².

4.4. Método científico-espiritual

Para este método, que teve à frente Rudolf Smend, a interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como uma *ordem de valores* e como elemento do *processo de integração*. Assim, a interpretação da Constituição não deve se limitar à análise fria de seu texto, mas também aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico subjacente ao texto, pois só o recurso à ordem de valores obriga a uma *captação espiritual* desse conteúdo axiológico último da Constituição.

Para Smend⁷³, a Constituição é a ordenação jurídica da dinâmica vital em que se desenvolve o Estado, desempenhando uma função de integração da vida estatal. Assim, deve o intérprete levar em consideração o sistema de

72. SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa: Princípios e Métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139.

73. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 131.

valores que é subjacente ao texto constitucional e a realidade concreta da vida, tendo sempre presente a idéia de que a Constituição é norma, mas também realidade, que é sempre mutável, devendo o intérprete-aplicador captar essa mudança de sentido.

4.5. Método normativo-estruturante

O método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma *relação* necessária entre o *texto* e a *realidade*, entre os preceitos jurídicos e os fatos que eles intentam regular.

Para Müller, na tarefa de *interpretar-concretizar* a norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do texto (*programa normativo*), como os decorrentes da investigação da realidade (*domínio normativo*). Isso porque, partindo do pressuposto de que a norma não se confunde com o texto normativo, afirma Müller que o texto é apenas a “ponta do *iceberg*”⁷⁴; mas a norma não compreende apenas o texto, pois abrange também um “pedaço da realidade social”, sendo esta talvez a parte mais significativa que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito.

O método de Müller, como se observa, é também concretista. A diferença é que, para ele, a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, pois com este não se identifica. Ela é a confluência entre o texto e a realidade. Daí a razão de que o intérprete deve considerar os dados resultantes do texto e da realidade.

5. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Canotilho⁷⁵, os princípios de interpretação constitucional foram desenvolvidos a partir do método hermenêutico-concretizador e se tornaram referência obrigatória da teoria da interpretação constitucional. Prestam-se eles a auxiliar a tarefa do intérprete. Mas é importante acentuar que se tratam de princípios de natureza instrumental, e não material, pois são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais⁷⁶.

74. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

75. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.148.

76. BARROSO, Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 119.

Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da *unidade da Constituição*; do *efeito integrador*; da *máxima efetividade*; da *justeza* ou da *conformidade funcional*; da *concordância prática* ou da *harmonização* e da *força normativa da Constituição*. Além desses princípios, apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à interpretação constitucional, os princípios da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*; e da *presunção de constitucionalidade das leis* e o da *interpretação conforme a Constituição*, sendo o primeiro um princípio de ponderação, aplicável ao direito em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis.⁷⁷

5.1. Princípio da unidade da Constituição

Um ordenamento jurídico só pode ser concebido como um conjunto de normas. Vale dizer, é condição de existência de uma ordem jurídica a concorrência de normas. Não obstante a pluralidade de normas jurídicas que abrange, o ordenamento constitui uma *unidade*, quer porque suas normas nascem de mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo).⁷⁸

É a Constituição, como fonte máxima de produção de todo o Direito e último fundamento de validade das normas jurídicas, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. Mas ela própria representa uma *unidade normativa*, um sistema unitário de normas, enquanto ordem unitária da vida política e social do Estado. Isso implica em afirmar que toda Constituição deve ser compreendida como uma *unidade* de uma pluralidade de normas, sem distinção hierárquica entre suas normas. Essa unidade normativa pressupõe, assim, a *inexistência* de hierarquia normativa ou formal entre as normas constitucionais, uma vez que todas decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário⁷⁹.

77. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 91.

78. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 48-49.

79. É conhecido este acórdão do Supremo: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como *um todo*, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de

A Constituição, portanto, é um sistema jurídico de normas, que se apresenta como uma *unidade* que reúne, de forma articulada e harmônica, um conjunto de normas.

Assim, compondo essa unidade, as normas constitucionais devem ser interpretadas como partes integrantes de um mesmo sistema, nunca como preceitos isolados e dispersos. Não se interpreta a Constituição em tiras, ou aos pedaços, mas de forma coerente, confrontando a norma interpretada com as demais normas do mesmo sistema, com vistas a evitar resultados antagônicos.

Em razão deste princípio, a Constituição deve ser interpretada de maneira a evitar contradições entre as suas normas, cabendo ao intérprete considerar a Constituição na sua globalidade, no seu conjunto, no sentido de buscar sempre harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar⁸⁰. Assim, jamais deve o intérprete isolar uma norma do conjunto em que ela está inserida, pois o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Este princípio de interpretação se aproxima muito do elemento sistêmico do método jurídico ou hermenêutico-clássico. Ambos têm o mesmo propósito.

5.2. Princípio do efeito integrador

A Constituição jamais pode ser entendida como instrumento de desagregação social, mas sim como um projeto normativo global de ordenação do Estado e da Sociedade, que se destina assegurar uma coesão sócio-política, enquanto condição indispensável à preservação de qualquer sistema jurídico.

Assim, impõe-se que a interpretação constitucional privilegie os critérios ou sentidos que favoreçam uma maior integração política e social e o reforço da unidade política⁸¹.

normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido" (STF, ADI 815/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 10-05-1996, pp. 15131).

80. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.148-49.

81. Julgamento exemplar em que o STF aplicou este princípio do efeito integrador, como lembra LEO VAN HOLTHE. *Direito Constitucional*. 2ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 47, foi o do HC nº 82.424/RS, no qual a Corte considerou como crime de racismo a publicação de um livro que pregava o anti-semitismo (preconceito contra os judeus), censurando o Tribunal práticas que resultem em desagregação da sociedade, e enaltecendo a necessidade de uma maior integração

social. Em razão da importância do caso, permitimo-nos transcrever a ementa do julgamento: "HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua

5.3. Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades.

Embora seja um princípio aplicável à interpretação de todas as normas constitucionais, atualmente tem incidência maior no âmbito dos direitos fundamentais, onde é freqüentemente invocado.

5.4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional

Como se sabe, é a Constituição que estabelece os fundamentos de organização política do Estado, definindo e ordenando as suas funções e repartindo as suas competências. A preservação desse esquema de organização funcional é crucial à própria idéia de Estado Democrático de Direito.

O princípio da conformidade funcional tem por finalidade exatamente impedir que o intérprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e divisão das funções constitucionais, para evitar que a interpretação constitucional chegue a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes.

A aplicação desse princípio tem particular importância no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre o parlamento e as cortes constitucionais, servindo de alerta para as usurpações recíprocas de funções.

abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada". (STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 19-03-2004, p. 00017).

5.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização

As Constituições contemporâneas caracterizam-se por reunirem e abrigarem em seus textos várias idéias, valores e bens jurídicos aparentemente opostos e que, não raro, entram em estado de colisão. Idéias, valores e bens como *desenvolvimento econômico* e *defesa do meio ambiente*; *dignidade humana* e *separação de poderes*; *direito à imagem* e *liberdade de informação jornalística*; *direito à honra* e *direito de manifestação do pensamento* estão constantemente em rota de conflito, ensejando um grande esforço por parte da doutrina e jurisprudência destinado a encontrar a melhor solução que, longe de importar em sacrifícios totais, promovam a *conciliação* desses bens.

O princípio da concordância prática ou da harmonização serve a esse propósito, pois impõe ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídico-constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Este princípio decorre do princípio da unidade da Constituição e tem sido invocado largamente para resolver colisões entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O que fundamenta este princípio é a idéia de que todos os bens jurídico-constitucionais ostentam *igual valor*, situação que impede a negação de um em face de outro ou vice-versa e impõe limites e condicionamentos recíprocos de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles⁸², através de uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto.

Essa ponderação, contudo, não é feita *a priori*, tendo em vista que a concordância deve ser *prática*, o que significa dizer que somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, é que se pode coordenar e harmonizar os bens ou valores constitucionais em "conflito"⁸³, levando

82. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.150.

83. Contudo, é importante atentar para o esclarecimento que faz Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, p. 91: "Essa conciliação, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores tem acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe foi adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que os desavindos não conseguem construir soluções negociadas. Num conflito, por exemplo, entre a *liberdade de informação* e a *inviolabilidade da vida privada*, uma e outra igualmente garantidas pela constituição, se algum indivíduo, a pretexto de resguardar a sua intimidade, com ou sem razão consegue impedir a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de torná-la a público terá preterido *por inteiro* o seu direito de informar, ao mesmo tempo em que, também *por inteiro*, a outra parte fez prevalecer a pretensão contraposta. Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa demanda, restou intacto para todos o direito de informar e de obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de divulgar a matéria objeto de interdição

em conta os elementos e as circunstâncias do caso concreto⁸⁴. A existência de colisões de normas constitucionais, portanto, leva à necessidade de *ponderação*, não se mostrando úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre normas da mesma Constituição originária. Neste cenário, a ponderação dos bens em conflito é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, em face da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito ou bem que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional⁸⁵.

5.6. Princípio da força normativa da Constituição

Numa perspectiva jurídica, ficou de há muito assentada a idéia de que a Constituição é norma jurídica e, como tal, dispõe de força normativa suficiente para vincular e impor os seus comandos.

As normas constitucionais, todavia, precisam se desenvolver, sair do texto, para regular a realidade com a qual *deve* manter íntima e constante relação. Cumpre ao intérprete a tarefa de preservar a força normativa da Constituição, através de um trabalho de atualização de suas normas, garantindo a sua ótima eficácia e permanência.

judicial. Na prática do texto, portanto, uma parte ganhou tudo e a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou desmente a idéia de concordância, harmonização ou balanceamento dos interesses em conflito. Mesmo assim, impõe-se reconhecer que o princípio da concordância prática é um cânone hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes constitucionais, inclusive em nosso STF, como atestam os repertórios de jurisprudência e as obras dos especialistas”.

84. Exemplo de ponderação, podemos constatar nos seguintes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas se seguem. Depois de afirmar a grandeza do direito fundamental de manifestação do pensamento, a Suprema Corte ponderou este direito com outros interesses, vejamos: “A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.” (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-03, DJ de 7-11-03). “Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” (HC 82.424, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04).

85. BARROSO, Luís Roberto. ‘Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil’. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 122.

5.7. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade⁸⁶

A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, é um importante princípio constitucional que limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Na verdade, a razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do *devido processo legal*, antigo instituto do direito anglo-saxão, que remonta à cláusula *law of the land* inscrita na *Magna Carta* de 1215⁸⁷. Esta garantia teve origem na Inglaterra, com um aspecto meramente formal (“*procedural due process*”, segundo o qual não é possível a condenação de alguém sem o devido processo legal) e se desenvolveu nos Estados Unidos com um aspecto muito mais substantivo ou material (“*substantive due process of law*”)⁸⁸, para permitir ao Judiciário investigar o próprio mérito dos atos do poder público, a fim de verificar se esses atos são razoáveis, ou sejam, se estão conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia.

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁸⁹

Nas lições sempre precisas de Inocêncio Mártires Coelho, colhe-se o seguinte ensinamento:

86. Cumpre esclarecer que, muito embora alguns autores utilizem, indistintamente, estas duas expressões, por identificá-las em seus respectivos conteúdos, existem outros que as diferenciam porque entendem que elas traduzem princípios distintos – o da *proporcionalidade* e o da *razoabilidade*. Como representantes dessas duas correntes, ver, respectivamente, Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, Celso Bastos, 1998, pág. 83) e Wilson Antônio Steinmetz (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pags.148 e 185/192). Adotaremos, no texto, a tese da identidade dos princípios em tela, o que, aliás, vem sendo a orientação do Supremo Tribunal Federal.

87. Nesse sentido, conferir BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 198-218.

88. Vide CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

89. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, ed. de 1989, cit., págs. 585/586; *Derecho Justo*, cit., págs. 144/145. No mesmo sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

"No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando substancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo."⁹⁰

Cuida-se o princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, de um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, tal princípio impõe que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem *meios* que, para a realização de seus *fins*, revelem-se *adequados, necessários e proporcionais*. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas.

A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, portanto, possui uma tríplice exigência, que se expressa através dos seguintes subprincípios:

Adequação (ou utilidade) – É aquele que exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Ou seja, que efetivamente promovam e realizem os fins. Ora, fere até o bom senso que os órgãos públicos possam se valer de atos e meios, ou tomar decisões, que se revelem inúteis a ponto de não conseguirem realizar os fins para os quais se destinam.

Necessidade (ou exigibilidade) – Em razão deste subprincípio, impõe-se que o poder público adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais. Por este subprincípio objetiva-se evitar o excesso da Administração.

Proporcionalidade em sentido estrito – Em face deste subprincípio, deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder

público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados. Impõe-se que as vantagens que a medida adotada trará superem as desvantagens.

Enfim, faltando qualquer um desses requisitos o ato não será razoável e proporcional.

A Lei nº 9.784/99, no art. 2º, *caput*, *explicitou*, a nível infraconstitucional, o referido princípio, exigindo da Administração Pública a observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Na ADI nº 855-2/PR-MC, Rel. Min. Octávio Gallotti, o Supremo Tribunal Federal concedeu a medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná, que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor; não só por estabelecer um ônus excessivo às companhias, que teriam de dispor de uma balança de precisão para cada veículo, mas também porque a proteção dos consumidores poderia ser feita de forma menos restritiva a direito das empresas do setor, como, por exemplo, com a fiscalização por amostragem. Eis o acórdão da decisão da medida cautelar:

"Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e 5, 25, § 2 e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida."

5.8. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis

A rigor, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis cuida-se mais de um princípio aplicável ao controle de constitucionalidade do que propriamente de interpretação constitucional. Não obstante, se se considerar que no controle de constitucionalidade há interpretação constitucional – e de fato existe, pois para saber se uma lei é inconstitucional é necessário interpretar a norma constitucional paradigma do confronto – o princípio em tela também assume importância para a interpretação da Constituição.

A supremacia da Constituição conduz à exigência de que toda norma jurídica seja produzida a partir dos parâmetros formais e materiais nela delineados. Isso significa, em última análise, que as normas jurídicas infraconstitucionais devem conformar-se com a Constituição, resultando daí a exigência de sua constitucionalidade. E a *exigência de constitucionalidade*, decorrente da supremacia constitucional, sugere a idéia de que todas as

90. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

normas jurídicas *presumem-se* constitucionais, ou seja, em conformidade com a Constituição.

Mas este princípio é relativo, podendo ser afastado quando resultar *inequívoca* a desconformidade da norma legal com a Constituição, cumprindo ao juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade da norma viciada, bloqueando a sua eficácia.

5.9. Princípio da interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição também consiste num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal objeto do controle se apresenta com *mais de um sentido* ou *significado* (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo, nesse caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empreste aquele sentido – entre os vários possíveis – que possibilite a sua conformidade com a Constituição.

Este princípio visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade que milita em favor das leis, na medida em que impõe, dentre as várias possibilidades de interpretação, aquela que não contrarie o texto constitucional, mas que procure equacionar a investigação compatibilizando a norma legal com o seu fundamento constitucional. A idéia subjacente ao princípio em comento consiste na conservação da norma legal, que não deve ser declarada inconstitucional, quando, observados os seus fins, ela puder ser interpretada em consonância com a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição, porém, só é legítima quando existir a possibilidade de várias interpretações, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela e que devem ser excluídas. É claro que, como observa Canotilho, no caso de resultar da interpretação um sentido unívoco que revele a contradição da lei com a Constituição, impõe-se a sua rejeição por inconstitucionalidade, proibindo-se a sua correção pelos tribunais⁹¹.

Na eventual hipótese de existirem várias interpretações, porém todas em conformidade com a Constituição, deve-se adotar aquela interpretação que seja a *melhor orientada* para a Constituição, ou seja, que melhor realize a Constituição.

91. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.152.

O princípio da interpretação conforme a Constituição tem previsão expressa, entre nós, no art. 28, § único⁹², da Lei nº 9.868/99, como *técnica de decisão* no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Com efeito, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição. Nesse caso, tem o Supremo Tribunal Federal, na esteira da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, entendido que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada *parcialmente procedente*, para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Carta Magna. Percebe-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como um simples princípio de hermenêutica, mas sim como uma modalidade de decisão do controle de constitucionalidade de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto⁹³.

6. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE

Segundo Häberle⁹⁴, a interpretação constitucional sempre esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, uma vez que se concentrava na interpretação que os juízes davam à Constituição.

Criticando essa situação, propõe o festejado autor a substituição de uma “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição” para uma interpretação constitucional pluralista e democrática *pela e para* uma “sociedade aberta”, sob o argumento de que *todo aquele que vive no contexto regulado pela norma constitucional e que vive com este contexto é, direta ou indiretamente, um intérprete dessa norma*, pois o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico. Assim, como não são apenas os intérpretes “jurídicos” da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional, já que quem vive a norma – e todos vivem, independentemente de sua posição – acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.

92. Art. 28, § único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. (grifos nossos).

93. Rp. 1.417, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ n. 126, p. 48.

94. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Para Häberle, a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas da interpretação, de modo que são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando pelo menos como pré-intérpretes da Constituição. É claro que, como assegura Häberle, sempre subsistirá a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação.

O certo é que, para o autor, a interpretação constitucional não pode mais ficar retida a uma sociedade fechada, pois não é um evento exclusivamente estatal. Ao processo de interpretação constitucional têm acesso e participam todas as forças da comunidade política, na medida em que a interpretação constitucional é atividade que diz respeito a todos. O juiz constitucional já não interpreta sozinho a Constituição, pois haverá de interpretá-la em correspondência com os demais intérpretes da sociedade aberta, que, através de expedientes institucionalizados (audiências e "intervenções"), podem interferir e participar ativamente no processo constitucional⁹⁵.

Enfim, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle exige uma mudança na metodologia jurídica tradicional para propor que no processo de interpretação constitucional sejam inseridos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, tendo em vista que todos estão envolvidos na interpretação e realização da Constituição.

95. No Brasil, por exemplo, a Lei nº 9.868/99, no § 2º do art. 7º, criou a figura do *amicus curiae* no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

CAPÍTULO VI

PODER CONSTITUINTE

Sumário • 1. Considerações preliminares – 2. Conceito – 3. O Poder Constituinte e o pensamento de Sieyès – 4. Natureza – 5. Titularidade e exercício do Poder Constituinte. 6. Espécies de Poder Constituinte: Originário e Derivado. 7. Poder Constituinte Originário: 7.1. Conceito; 7.2. Características; 7.3. Formas de manifestação; 7.4. Poder Constituinte Material e Poder Constituinte Formal – 8. Poder Constituinte Derivado: 8.1. Conceito; 8.2. Características; 8.3. Espécies; 8.4. Poder Constituinte Reformador: 8.4.1. Conceito; 8.4.2. Limitações; 8.4.3. Processo Legislativo de Emenda à Constituição: processo de reforma constitucional; 8.4.4. Controle de constitucionalidade da reforma constitucional; 8.5. Poder Constituinte Decorrente – 9. Mutação constitucional – 10. Direito Constitucional intertemporal: 10.1. Princípio da Recepção; 10.2. Repristinação; 10.3. Desconstitucionalização.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES¹

A discussão em torno das origens da expressão *Poder Constituinte*² é tão antiga quanto o seu estudo³. Entretanto, é inequívoco que a maior parte da doutrina defende o pioneirismo do abade Emmanuel Joseph Sieyès⁴ como seu precursor, uma vez que foi o primeiro autor a destacar e fundamentar a dicotomia entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos.

1. Observações hauridas de Dirley da Cunha Júnior e Carlos Rátis. *EC 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Editora Juspodivm, 2005, pp. 125-126.
2. Cumpre referir a opinião de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 2000, pág. 121, no sentido que "o poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII".
3. ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*, 2002, pág. 122, atribui a pioneira formulação teórica do Poder Constituinte a Alexander Hamilton, que, apesar de não ter utilizado na época as expressões "poder constituinte" e "poder constituído", já dispunha no Artigo Federalista nº 78 que "todo ato de uma autoridade delegada – e aqui já podemos tratar de Poder Constituído – contrário aos termos da comissão – entenda-se como palavra de conotação similar à Poder Constituinte – é nulo". Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, pág. 72, por sua vez, ensina que coube a John Locke na obra "Two Treatises of Government" distinguir a expressão *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova "forma de governo", e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.
4. Nascido em 1748, o abade Emmanuel Joseph Sieyès ficou universalmente reconhecido como o criador da teoria do Poder Constituinte. Na sua obra *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de L'Homme et du Citoyen*, publicada em Julho de 1789, Sieyès reuniu três brochuras intituladas *Essai sur les Privilèges*; *Vues sur les Moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* e a célebre *Qu'est-ce que le Tiers-État?*. Sieyès sintetiza, *cit.*, 1789, pág. 111, sua idéia de poder constituinte quando afirma que: "*Ces loix sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi, et non autrement, que les loix constitutionnelles sont fondamentales*".

Sobre o processo genético do Poder Constituinte e a sua evolução, impende ressaltar a opinião de Gomes Canotilho que sintetiza as experiências constituintes inglesa, americana e francesa nas ações *revelar*, *dizer* e *criar*, respectivamente, aduzindo que os ingleses compreenderam o poder constituinte como um processo histórico de *revelação* da "Constituição da Inglaterra"; já os americanos *disseram* num texto escrito, produzido por um poder constituinte denominado "*the fundamental and paramount law of the nation*", enquanto os franceses *criaram* uma nova ordem jurídico-política através da "destruição do antigo" e da "construção do novo"⁵.

Independentemente da teoria que justifique as origens desse Poder⁶, é ineludível que, enquanto fenômeno político indispensável para a auto-organização do Estado, o Poder Constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a qualquer tempo. O exercício do Poder Constituinte decorre de condições concretas que resultam de determinantes históricas de ruptura ou transição constitucional e a efetividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição⁷.

2. CONCEITO

Sabe-se que a Constituição, concebida como *norma jurídica fundamental*, é a base da ordem jurídica e a fonte suprema de sua validade. Por essa razão, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor. Em razão de sua supremacia jurídica, a Constituição é a *norma-ápice* do sistema jurídico, condicionando a validade de todas as demais normas.

Questiona-se a respeito do fundamento da supremacia da Constituição. Responde-se afirmando que a supremacia da Constituição decorre de sua *origem*. Provém ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado *Poder Constituinte*.⁸

Poder Constituinte é a expressão maior da vontade de um povo ou grupo destinada a estabelecer os fundamentos de organização de sua própria

5. Cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 68.

6. Marcos Wachowicz, na sua elucidativa obra, *Poder Constituinte e Transição Constitucional*, 2000, pág. 32 e segs., informa que além das teorias de matizes jusnaturalistas (teoria jusnaturalista; teoria racional ideal e teoria fundacional) e das matizes juspositivistas (teoria juspositivista; teoria de Carré de Malberg e teoria decisionista), há também a teoria dialético-integral e a teoria de Georges Burdeau.

7. Oportuna a lição de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2003, p. 122, quando sustenta que na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra.

8. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 20.

comunidade. É um poder político fundamental e supremo capaz de criar as normas constitucionais, organizando o Estado, delimitando seus poderes e fixando-lhes a competência e limites. É a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos determinada a gerar um núcleo social⁹.

Precisas e diretas são as palavras de Manoel Ribeiro,

"O Poder Constituinte é uma força, uma energia que se forja na consciência popular. Por muito tempo se conserva hibernado e só se acorda por força dos acontecimentos, ativado pelos Grupos Constituintes. Foi iluminado por autores como Locke, Rousseau e Montesquieu. Reside, de direito, no povo. É o pensamento democrático. Expressa-se por uma Assembléia Constituinte. Na História Moderna, aparece, primeiro, na América, após a revolução vitoriosa das treze colônias, e tomou o nome de Convenção, que elaborou a atual Constituição dos Estados Unidos; posteriormente, na França, com o nome de Assembléia Nacional Constituinte, em 1789, e ainda na França, em 1791, como Convenção Nacional"¹⁰.

Cumprir advertir, contudo, que não se confunde o Poder Constituinte com a sua teoria. Com efeito, Poder Constituinte sempre existiu, uma vez que nunca deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre existiu foi uma teoria acerca deste poder. A teoria do Poder Constituinte é fundamentalmente uma *teoria da legitimação do poder*, que só veio a existir a partir do século XVIII¹¹. "Poder essencialmente soberano, o poder constituinte, ao teorizar-se, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização."¹²

A compreensão de que a Constituição é fruto de um poder distinto dos que ela mesma estabelece e a afirmação da existência de um Poder Constituinte, fonte da Constituição e, por consequência, dos poderes constituídos, é contemporânea da idéia de Constituição escrita.¹³ Ressalte-se, contudo, que a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos só se reveste de importância nas Constituições rígidas, pois só aí existe supremacia da obra constitucional. São conceitos, portanto, interdependentes entre si: poder constituído, rigidez constitucional, supremacia constitucional e controle de constitucionalidade.

Foi exatamente o abade Sieyès quem explicitou, pela primeira vez, e na antevéspera da Revolução Francesa, o Poder Constituinte como fonte da

9. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 29.

10. RIBEIRO, Manoel. *Do Poder Constituinte*. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1985, p. 05.

11. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 120.

12. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 122.

13. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 21.

Constituição e dos demais poderes, no revolucionário panfleto intitulado *Qu'est-ce que le Tiers État?* (Que é o Terceiro Estado?)¹⁴, cujas idéias principais delinearemos a seguir.

3. O PODER CONSTITUINTE E O PENSAMENTO DE SIEYÈS

Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), mais conhecido como abade Sieyès, teve participação decisiva para a eclosão da Revolução Francesa, em face da publicação de seu panfleto intitulado *Qu'est-ce que le tiers État?*, que foi um dos mais importantes e notórios estopins da Revolução, representando um manifesto da causa revolucionária, onde foram lançadas as reivindicações do Terceiro Estado (a burguesia), na sua luta contra o absolutismo e os privilégios dos outros dois Estados, o clero e a nobreza.

Sieyès identificou a nação (ou povo) ao terceiro Estado (a burguesia). Em seu opúsculo, ele partiu de três indagações que ele mesmo se dispôs a responder: 1) *O que é o Terceiro Estado?* – Tudo; 2) *O que tem sido ele, até agora, no ordenamento político?* – Nada; e 3) *O que é que ele pede?* – Ser alguma coisa¹⁵. O Terceiro Estado era tudo porque desempenhava todas as tarefas necessárias à vida de uma comunidade, reunindo todas as condições para constituir uma nação. Apesar disso, ele era nada, porque não contava com privilégios, haja vista que o clero e a nobreza, que nada faziam, concentravam os privilégios e usurpavam os direitos do povo. Assim, reagindo a essa situação, o Terceiro Estado apresentou, por meio de Sieyès, seu ilustre representante como Deputado nos Estados Gerais, uma pauta de reivindicações, com as seguintes petições: 1) Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado; 2) Que seus Deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero; e 3) Que os Estados Gerais votem por cabeça, não por ordem¹⁶.

No seu manifesto, Sieyès¹⁷ distinguiu três fases na formação da sociedade política. Na primeira, ele indicou a existência de indivíduos isolados, que, pelo fato de desejarem se reunir, seriam a eles atribuídos direitos de uma nação. Na segunda, esses indivíduos, agora reunidos, passaram a deliberar sobre as necessidades comuns e a forma como satisfazê-las. Finalmente,

14. No Brasil, a editora Lumen Juris publicou o panfleto com o nome *A Constituinte Burguesa*.

15. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

16. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. No Capítulo III, pp. 13-27, Sieyès apresenta as reivindicações através destes três pedidos.

17. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*, pp. 45-58.

numa terceira fase, em razão da grande quantidade de indivíduos e de sua dispersão por um território extenso, ficam eles impossibilitados de adotar diretamente posições comuns, ensejando a necessidade de delegarem as decisões da coletividade a alguns integrantes desta, que passariam a ser seus representantes. É exatamente aqui, na terceira fase, que Sieyès sustenta a necessidade de uma Constituição para organizar esse corpo de representantes, as suas formas, as funções que lhe são destinadas e os meios para desempenhá-las.

O abade Sieyès, portanto, defende a existência de um poder legítimo, cujo titular seria a nação, para a criação da Constituição. Esse poder, para ele, é um poder de direito, que não encontra limites em direito positivo anterior, mas apenas no direito natural, existente antes da nação e acima dela¹⁸. Ademais, esse poder é permanente e incondicionado. Ele distingue, outrossim, o Poder Constituinte dos poderes constituídos. Aquele, ilimitado, autônomo e incondicionado, é que cria a Constituição. Este, limitado e condicionado, desempenha apenas as funções e atribuições que o poder originário lhe concede.

4. NATUREZA

A natureza do Poder Constituinte está relacionada diretamente à disputa entre as correntes jusnaturalista e juspositivista acerca do que é o Direito.

Para os adeptos da corrente jusnaturalista, o Poder Constituinte é, inegavelmente, um *poder de direito*, porque assentado no direito natural, que lhe é anterior e superior. Essa era a posição de Sieyès, para quem antes da nação e acima dela só há o direito natural, que fixa os fundamentos de existência e exercício do próprio Poder Constituinte¹⁹.

O Poder Constituinte, assim, para os jusnaturalistas é um *poder jurídico* que decorre do direito natural, anterior ao próprio Estado que funda.

Contudo, para o positivismo jurídico, que entende que o Direito somente é Direito quando positivado, o Poder Constituinte é um *poder de fato*, porque se impõe como tal, funda a si mesmo e não em Direito pré-existente.

18. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*, pp. 48: "A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural."

19. Perfila essa tese, entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 23: "O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito".

Com efeito, no pensamento jurídico contemporâneo, o Poder Constituinte é o poder que cria e organiza o Estado, através da Constituição. A Constituição, por sua vez, é a *primeira* norma jurídica posta e fundamento maior e último de validade de todas as demais manifestações normativas do Estado. O Poder Constituinte, fundamento de validade da própria Constituição, evidentemente precede ao próprio Direito, não se baseando em nenhuma regra jurídica precedente. Nesse sentido, pode-se afiançar a tese de ele é um poder de fato, ou seja, um poder que se impõe como tal, como força ou energia social; um poder exclusivamente político ou histórico, não jurídico, anterior ao Estado. Essa é a posição dominante, porque dominante é a corrente juspositiva.

Nada obstante, em que pese a aceitação generalizada de que o poder constituinte ostenta natureza *exclusivamente política ou fática*²⁰, compartilhamos da opinião de que o *Poder Constituinte* possui inequívoca natureza jurídica.

Partindo das escorreitas reflexões de Georges Burdeau²¹, podemos afirmar que o Poder Constituinte é um poder de natureza jurídica²² que antecede o próprio Estado, pois seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder *portador da idéia de direito* que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto²³. Se o Poder Constituinte, simultaneamente, nasce dos princí-

pios e se irradia em princípios, é porque ele só pode ter natureza jurídica²⁴. Ele é início, meio e fim do arcabouço jurídico de um Estado²⁵.

5. TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE

No sistema representativo, base das democracias modernas, distingue-se entre *titular* e *exercente* do poder. Bem reflete isso a Constituição de 1988, para a qual “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (CF/88, art. 1º, parágrafo único)²⁶.

No tocante ao Poder Constituinte, a sua *titularidade* e o seu *exercício* também são aspectos distintos. Isso significa que o *titular* desse poder nem sempre é o seu *exercente*, pois nos regimes de democracia representativa, o titular do Poder Constituinte também não se confunde com o responsável pelo seu exercício. O Poder Constituinte é exercido pela entidade ou órgão que toma a decisão de romper a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica de determinar o novo conteúdo de uma Constituição²⁷. Numa sociedade democrática, o Poder Constituinte pertence ao povo, seu titular absoluto, ainda que ele venha a ser indiretamente exercido, ou seja, por intermédio de representantes políticos.

O titular do Poder Constituinte é, sem dúvida, o *povo*, que o exerce, em regra, por meio de seus representantes. Reforça essa idéia Canotilho, para quem o “problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta

jurídica, como uma força real de eficácia sempre atual, é capaz de criar uma nova ordem jurídica quando circunstâncias típicas provocarem oportunidades para o seu exercício, seja para uma modificação de conjunto da Constituição jurídica, seja para reformulação parcial”.

24. Faz-se necessário ressaltar as palavras de J. J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, pág. 67, quando afirma que “mesmo quando o poder constituinte não seja concebível, em termos realísticos, como um poder juridicamente regulado, nem por isso ele deixa de ser política e juridicamente relevante”.
25. Na ilha de Robson Crusoe, não há exercício do poder constituinte. Ele não existiria, porque não há Estado, não há relações jurídicas, não há sociedade. A necessidade, pois, de se fundar um ordenamento (poder constituinte) decorre de um conjunto de normas pré-existentes (por exemplo, da norma fundamental na linha kelseniana) numa sociedade para limitar o exercício do poder político.
26. Diversas são as Constituições que expressam, de forma inequívoca, a titularidade do poder constituinte no seu texto, destacando-se, entre elas, a Constituição da República Portuguesa (preâmbulo); Constituição da República Federal Alemã (Preâmbulo e art. 20º); Lei Constitucional Federal Austríaca (art. 1º); Constituição do Reino da Bélgica (art. 33º); Constituição do Reino Dinamarquês, Constituição do Reino de Espanha (Preâmbulo e art. 1º); Lei Fundamental sobre a forma do Governo Finlandês (art. 2º); Constituição da República Francesa (Preâmbulo e art. 3º); Constituição da República da Grécia (art. 1º); Constituição da República da Irlanda (Preâmbulo e art. 1º); Constituição da Suécia (art. 1º); Constituição da República Italiana (art. 1º); Constituição dos Estados Unidos da América (preâmbulo) e Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Preâmbulo e art. 1º).
27. Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2003, p. 88.

20. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268, entende que “o poder constituinte é um poder de natureza política e filosófica, vinculado ao conceito de legitimidade imperante numa determinada época”. No mesmo sentido, AGRA, Walber. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 09: O Poder Constituinte tem uma natureza política porque não é validado por nenhuma outra norma. Anteriormente a ele não existe norma jurídica, e, se existisse, passaria a ter validade sob a nova Constituição. Sua gênese radica em fatos sociais, em um horizonte metajurídico”. Para Carlos Ayres Britto, *Teoria da Constituição*, 2003, p. 31 e segs, o Poder Constituinte é exclusivamente político, porque está imbricado em toda a polis, naqueles raros instantes em que ela se sobrepõe ao Estado para dizer qual é o tipo de Direito-Constituição que quer viver.
21. Importa ressaltar as palavras de Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, 2. ed. Tomo IV, 1969, pág. 185, que considera “Il ne faudrait cependant pas conclure de ce triple caractère que le pouvoir constituant n’est pas un pouvoir de droit. C’est une erreur de ne tenir pour pouvoir de droit que celui dont l’existence et l’exercice sont conditionnés par un statut juridique antérieur. De cette erreur la discussion sur la nature du pouvoir constituant est la plus évidente illustration, car il semble paradoxal de refuser la qualité juridique à un pouvoir par lequel l’idée de droit se fait reconnaître et, par suite, s’impose dans l’ordonnement juridique tout entier. Ce qui est vrai, c’est que ce pouvoir de droit n’est pas commandé par le droit positif de l’Etat. Mais si l’on admet que le droit existe avant l’Etat, le pouvoir constituant doit être considéré comme le plus éclatant témoignage en faveur de ce droit, qui n’est antérieur à l’Etat que pour s’imposer à lui”.
22. BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, 2000, págs. 338 e segs., propõe a reconstrução do conceito normativo do poder constituinte, nos termos do qual um participante num determinado sistema perspectiva as normas constitucionais como derivadas de princípios morais que asseguraram legitimidade a uma determinada fonte”.
23. É oportuna a lição de Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, pág. 121, ao sustentar que “o poder constituinte é um poder jurídico e não mero fato, porque, reconhecido pela ordem

democrática. Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*²⁸. Não há co-titularidade do Poder Constituinte entre o povo e o governo, pois o seu titular exclusivo só pode ser o povo, como mais uma vez leciona Canotilho, que o concebe, agora de uma forma mais ampla, como uma *grandeza pluralística* (Häberle) formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, que agregam interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes²⁹.

Já para Sieyès, o titular do Poder Constituinte é a *nação*, que não deve ser confundida com o conjunto de pessoas que a compõem, num determinado momento histórico; na verdade, a nação encarna a permanência de uma comunidade compreendendo os interesses permanentes dela. O Poder Constituinte, assim, pertence à nação, enquanto comunidade, e manifesta a vontade dela³⁰.

O *exercente* ou *agente de exercício* desse poder, por sua vez, é o homem, ou o grupo de homens, que, em nome de seu titular, estabelece a Constituição do Estado. São os *exercentes* do poder, isto é, aqueles que, em nome do povo, implementam o Estado e editam a Constituição. Esse exercício pode dar-se ou pela eleição de representantes populares para integrarem “uma Assembleia Constituinte” ou por um grupo revolucionário que recebe integral apoio da vontade popular³¹.

Chame-se a atenção para o fato de que os *agentes* que exercem o Poder Constituinte do povo são designados, na literatura nacional e internacional, como *Constituintes*, enquanto os *órgãos* que exercem esse Poder, e que aqueles agentes integram, são denominados ou *Assembleia Constituinte* ou *Convenção Constituinte*. No constitucionalismo americano e europeu, a forma típica de exercício do Poder Constituinte é a *Assembleia Constituinte* ou *Convenção Constituinte*. Os primeiros exemplos históricos foram a Convenção da Filadélfia de 1787 (EUA) e a Assembleia Nacional Francesa de 1789. Entre nós, a primeira Assembleia Constituinte foi instalada em 1823, logo depois dissolvida pelo

28. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 71.

29. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 71, acredita que só o povo real – comunidade aberta de sujeitos constituintes – que entre si “contratualizam”, “pactuam” e consentem o modo de governo da cidade, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social. Friedrich Müller, *Quem é o povo?*, 2003, p. 47 e segs., esmiúça a concepção de povo ao tratar de “povo” como povo ativo, como *instância global de atribuição de legitimidade*, como ícone, como destinatário de prestações civilizatórias do Estado e como conceito de combate.

30. No mesmo sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, 13.

31. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit., p. 31.

Imperador D. Pedro I, que outorgou, ele próprio, a Constituição de 1824. Durante o período republicano, tivemos as Assembleias Constituintes de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Essa distinção entre titular e exercente do Poder Constituinte gera duas importantes consequências. “Uma, a de que o Poder Constituinte do titular permanece, não se esgotando depois de sua manifestação, enquanto o do agente se esgota, concluída a sua obra. Outra, a de que a obra do agente está sempre sujeita a uma condição de eficácia. Com efeito, antes disso não é uma verdadeira Constituição, mas um ato com a pretensão de ser uma Constituição, para seguir as lições de Kelsen”³². Assim, o poder da Assembleia Constituinte, agente da soberania popular³³, se esgota, mas o Poder Constituinte permanece com o povo.

6. ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO

Quanto às espécies ou divisão do Poder Constituinte, um esclarecimento preliminar se impõe. O Poder Constituinte é único. Não se há de dividir um poder indivisível e indissociável, em categorias que contrariem o seu conceito³⁴.

Com efeito, a classificação ou divisão do Poder Constituinte, em *originário* e em *derivado*, contraria a essência e natureza deste Poder. Ora, se o poder é derivado ou de segundo grau, Constituinte ele não é; pode ser constituído.

Sucedo, pois, que o Poder Constituinte estabelece que outros poderes, *constituídos* por ele, respeitados os limites que lhes são impostos (temporais, circunstanciais, materiais e procedimentais), terão legitimidade de: a) ou reformar o texto da Constituição; b) ou organizar os Estados-membros ou federados através de uma Constituição³⁵, respeitando os dispositivos da

32. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 25.

33. AGRA, Walber. op. cit., p. 08, seguindo as lições de Luis Recaséns Siches, afirma que: “o Poder Constituinte não se esgota com a realização do Texto Constitucional: a soberania popular, detentora da titularidade do Poder Constituinte, permanece com o povo de forma potencializada, à espera de uma nova decisão para se manifestar”. O princípio da soberania popular consubstancia-se na detenção da titularidade do poder constituinte pelo povo, que permanece antes, durante e após o exercício do poder constituinte formal pela Assembleia Constituinte Nacional.

34. Para Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, pág. 71, por ser potência o poder constituinte, ele é denominado fundacional ou originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual, não existindo, portanto, poder constituinte constituído ou derivado. Nesse sentido, cfr. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, p. 96; ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 126; BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, cit., pág. 130.

35. A Constituição de 1988 determinou que cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborasse as respectivas Constituições estaduais, no prazo de um ano, contado da data de sua

Constituição do Estado Federal³⁶. Assim, somente nesse contexto é que se pode apresentar a seguinte tipologia do Poder Constituinte: 1) Poder Constituinte *Originário* (de primeiro grau, primário ou genuíno), e 2) Poder Constituinte *Derivado* (de segundo grau, secundário, constituído ou instituído). Este último, nos países de organização política federal e de Constituição rígida, ainda pode se distinguir em: 2.1) Poder Constituinte *Reformador*, e 2.2) Poder Constituinte *Decorrente*³⁷.

Seguindo essa avaliação, pode-se entender o Poder Constituinte como a força social capaz de *criar uma nova* Constituição ou de proceder às *reformas* necessárias à sua atualização.

7. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

7.1. Conceito

Cuida-se do poder que estabelece a Constituição. Por isso mesmo, não se prende a quaisquer limites: é essencialmente político, ou seja, é poder de fato, na dicção da generalidade da doutrina. É poder político supremo, destinado a elaborar o texto da Constituição do Estado e que, para tal mister, não encontra qualquer condição ou limites pré-estabelecidos no Direito, pois a este precede.

O Poder Originário é potência. Funda uma nova ordem jurídico-constitucional, ou a partir do nada, no caso da elaboração da primeira Constituição do Estado, ou mediante a substituição da ordem anterior, com a elaboração de uma nova Constituição.

Esse Poder, portanto, é aquele que elabora a Constituição de um Estado, organizando-o e constituindo os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

7.2. Características

Segundo Burdeau³⁸, o Poder Constituinte se caracteriza por ser: inicial, autônomo e incondicionado. É inicial, porque nenhum outro poder existe

acima dele, nem de fato nem de direito, exprimindo a idéia de direito a prevalecer na comunidade; é autônomo, porque somente ao titular cabe decidir qual será a *idéia de Direito* a ser implantada e que conformará toda a ordem jurídica do Estado; e é incondicionado, porque não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo.

Didaticamente, podemos apresentar as seguintes características do Poder Constituinte Originário:

- a) É *Inicial*, porque *inaugura* uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior. Isso significa que ele *revoga* a Constituição anterior e todas as normas infraconstitucionais que com a nova ordem forem incompatíveis. Por isso mesmo, o Poder Constituinte é, simultaneamente, Constituinte e Desconstituinte, na medida em que quando constitui uma nova ordem, desconstitui, *ipso facto*, a anterior.
- b) É *Autônomo*, porque só ao seu exercente cabe fixar os termos em que a nova Constituição será estabelecida e qual o Direito deverá ser implantado.
- c) É *Ilimitado*, porque é soberano e não sofre qualquer limitação prévia do Direito, exatamente pelo fato de que a este preexiste.

Chame-se a atenção para o fato de que a doutrina moderna vem rejeitando esta compreensão³⁹. Isso porque, assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, o Poder Constituinte Originário também possui limites, pois não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios⁴⁰.

Com efeito, como ressalta Luzia Cabral Pinto, não se pode fazer tábua rasa dos princípios ordenadores em que se assenta a práxis da comunidade eventualmente carecida de um nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da idéia de Direito dessa comunidade concreta, uma vez que há princípios preexistentes e ordenadores da praxis comunitária⁴¹.

promulgação (art. 11 do ADCT).

36. O art. 25 da Constituição Brasileira preconiza que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios constitucionais.

37. Alerta-se para o fato de que a doutrina, por influência de Sieyès, costuma distinguir o Poder Constituinte em (1) *Poder Constituinte Originário*, que é o poder de *elaborar* uma nova Constituição, e (2) *Poder Constituinte Derivado*, que ainda pode ser dividido em (2.a) *Poder Constituinte de Reforma* (ou reformador), competente para realizar as reformas constitucionais, através de emendas à Constituição, nos termos e limites desta, e (2.b) *Poder Constituinte Decorrente*, competente para elaborar as Constituições estaduais, em conformidade com a Constituição Federal.

38. BURDEAU, George. *Traité de Science Politique*. 2 ed, Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, 1950, p. 184-5.

39. Cfr. CUNHA JÚNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. *EC 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Editora Juspodivm, 2005, pp. 138-9. Vide, também, o excelente trabalho de OLIVEIRA, Márcio Luís de. 'Os limites ideológicos e jusfilosóficos do Poder Constituinte Originário'. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, pp. 379-407, 2007.

40. Cfr. MIRANDA, Jorge. *cit.*, pág. 124

41. PINTO, Luzia M. S. Cabral. *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*, 1994, págs. 70 e segs., trata com muita propriedade dos limites do poder constituinte, sustentando que uma Constituição será legítima quando está em conformidade com os valores dominantes da consciência social, que configuraria uma orientação geral.

Interessante, a respeito, a classificação que faz Jorge Miranda⁴², ao afirmar que são três as categorias de limites materiais ao Poder Constituinte Originário: limites *transcendentes*, *limites imanentes* e *limites heterônomos*. Os primeiros correspondem aos imperativos do direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (v.g., aqueles que vedam a previsão ou restauração da pena de morte). Os limites imanentes decorrem da soberania e da forma do Estado (v. g., aqueles que obstam um Estado Federal, que pretende continuar a sê-lo, passar a Estado unitário). E os últimos que são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e também as regras de Direito interno. Os limites heterônomos, por sua vez, dividem-se em *limites heterônomos de carácter geral*, que correspondem aos princípios do *jus cogens*; *limites heterônomos de Direito internacional de carácter especial*, que correspondem a limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumido deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional e os *limites heterônomos de Direito interno*, que consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados.

Nesse mesmo sentido⁴³, Gomes Canotilho considera que, apesar do Poder Constituinte ser inicial, autônomo, incondicionado e onipotente, considera o autor que esse poder sofre limitações em face de certos *princípios de justiça* (princípios suprapositivos ou princípios supraleais mas intra-jurídicos) e aos *princípios de direito internacional*, quais sejam o princípio da independência, princípio da autodeterminação e o princípio da observância de direitos humanos⁴⁴.

É certo, a nosso ver, que o próprio Poder Constituinte Originário, ao mesmo tempo que encerra princípios constitucionais, é limitado por princípios que correspondem aos valores prevaletentes de um contexto interno e internacional.

- d) É *Incondicionado*, porque não se sujeita a nenhum processo ou procedimento prefixado para a sua manifestação. Pode agir livremente, sem condições ou formas pré-estabelecidas. Não está condicionado a nenhuma fórmula prefixada. Não obstante isso, percebe-se que, às vezes, as Assembléias Constituintes são limitadas pelo próprio ato

42. *Op. cit.*, págs. 124 e segs.

43. Cfr. também WACHOWICZ, Marcos. *op. cit.*, págs. 58 a 60; BRITO, Edvaldo. *op. cit.*, págs. 92 e segs.

44. Cfr. *Direito...*, *cit.*, pág. 81 e segs.

convocatório ou pela predefinição de determinados pontos essenciais (foi o que ocorreu, por exemplo, nas Constituintes brasileiras de 1890 e de 1933/1934, cujo ato convocatório determinou a preservação da República e da Federação).

- e) É *Permanente*, pois não se exaure com a elaboração da Constituição. Ele continua presente, em estado de hibernação, podendo a qualquer momento ser ativado pela vontade sempre soberana de seu titular.

7.3. Formas de manifestação

Como examinado acima, o Poder Constituinte Originário é incondicionado, exatamente porque não se sujeita a nenhum processo ou procedimento prefixado para a sua manifestação. As Constituições não determinam a forma de expressão do Poder Originário e é até bom que continue assim.

No entanto, nas democracias representativas, a forma mais comum de manifestação do Poder Originário é a que se dá por meio de Assembléias Constituintes ou Convenções, que *promulgam* os textos constitucionais. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a elaboração das Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Mas é conhecida também a manifestação pela via da *outorga*, quando há usurpação do Poder Constituinte do povo. No Brasil, houve outorga na elaboração das Constituições de 1824, 1937 e 1967-69.

7.4. Poder Constituinte Material e Poder Constituinte Formal

Para Jorge Miranda, ao lado da Constituição material e da Constituição formal, existe um Poder Constituinte material e um Poder Constituinte formal, porque inegavelmente há um poder de auto-conformação do Estado segundo certa idéia de Direito (o poder constituinte material) e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais (o poder constituinte formal)⁴⁵. O primeiro precede, lógica e historicamente, o segundo, pois:

- a) A idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade e a legalidade;

45. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5 ed. Coimbra: Coimbra edit., 2003, p. 90.

- b) Há sempre dois momentos no processo constituinte, o do triunfo de uma nova e certa idéia de Direito ou do nascimento de determinado regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime; são duas faces da mesma realidade, ou dois momentos que se sucedem e completam, o primeiro em que o poder constituinte é só material, o segundo em que é, simultaneamente, material e formal⁴⁶.

Com efeito, o Poder Constituinte Material corresponde ao conjunto de valores essenciais, filosóficos, morais, sociais, políticos, jurídicos e econômicos, que traduzem a vontade popular, representando as correntes de opinião, a presença organizada ou difusa dos grupos e seus interesses em confronto⁴⁷. E esses valores, que se encontram no âmbito axiológico, consubstanciam os princípios gerais, que circundam o ordenamento, e encontram-se no plano deontológico. Logo, pode-se afirmar que o Poder Constituinte Material consiste numa fonte imediata para a elaboração da Constituição escrita através do exercício do Poder Constituinte Formal, que traduz a expressão, no mundo concreto, do Poder Constituinte Material. Ou seja, a positivação, no seu grau máximo (poder constituinte formal), de uma determinada idéia de Direito concebida socialmente (poder constituinte material).

As Constituições escritas respondem, portanto, ao plexo de idéias e valores dominantes na sociedade, positivando-os por meio dos princípios constitucionais, que apresentam a carga axiológica incorporada ao ordenamento jurídico.

8. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

8.1. Conceito

O Poder Constituinte Derivado ou Constituído logra existência a partir do Poder Constituinte Originário, seu instituidor, de onde retira a sua força motriz. Logo, se insere na Constituição, conhece limitações expressas e tácitas, e define-se como um *poder jurídico*, que tem por finalidade ou a reforma da obra constitucional (no Brasil, pelo Congresso Nacional) ou a instituição de coletividades (exercido pelas Assembléias Legislativas dos Estados-membros da Federação).

46. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5 ed. Coimbra: Coimbra ed., 2003, p. 91.

47. Entende BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 272, que foi o poder constituinte material ou real, que fez a Constituição da Inglaterra, e tem feito nos Estados Unidos, por meio dos arestos da Corte Suprema, a parte mais considerável da Constituição Americana, aduzindo: "é o poder constituinte dos juízes e hermenutas que interpretam a Constituição, e sem o qual o texto promulgado em Filadélfia há mais de duzentos anos estaria fossilizado nas prateleiras de um museu".

Esse Poder Derivado, na verdade, não passa de uma *competência constitucional* concedida pelo Poder Originário – este sim o verdadeiro Poder Constituinte – a certos órgãos constituídos.

8.2. Características

O Poder Constituinte Derivado tem as seguintes características:

- a) É *Derivado*, porque é poder de direito, juridicamente estabelecido, fundado no Poder Constituinte Originário. Ou seja, provém ou *deriva* deste.
- b) É *Limitado*, porque a Constituição lhe impõe limitações, que podem ser temporais, circunstanciais, materiais ou procedimentais, explícitas ou implícitas, restringindo o seu exercício.
- c) É *Condicional*, porque só pode manifestar-se de acordo com as formalidades traçadas pela Constituição. Está sujeito, pois, a um processo especial previamente estabelecido pela Carta Magna.

8.3. Espécies

Nos Estados de organização federal, como o Brasil, o Poder Constituinte Derivado não se limita a reformar a Constituição. Abrange também a competência para a instituição e organização de coletividades políticas regionais (os chamados Estados-membros da Federação). Em razão disso, esse Poder Derivado ainda se divide nas seguintes espécies: o *poder constituinte reformador* e o *poder constituinte decorrente*.

O poder reformador é aquele destinado a alterar a Constituição, podendo essa reforma consistir em acréscimo, modificação ou supressão de parte do seu texto; já o poder decorrente é aquele cuja competência consiste em elaborar ou modificar as Constituições dos Estados-membros da Federação.

8.4. Poder Constituinte Reformador

8.4.1. Conceito

O Poder Constituinte Reformador é o que se destina à reforma da Constituição. Sua existência está ligada ao fato de ser muito complicado, na prática, e sem qualquer sentido, na teoria, convocar o Poder Constituinte Originário todas as vezes em que fosse necessário alterar a Constituição⁴⁸. Alguns preferem denominá-lo, acertadamente, de *competência reformadora*⁴⁹.

48. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 67.

49. Por todos, BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 80 e segs.

Entre nós, o poder reformador, atualmente, manifesta-se apenas por meio do procedimento de *Emendas à Constituição*, na forma do art. 60 da Constituição Federal. As Emendas Constitucionais são proposições destinadas à alteração *pontual* do texto constitucional, cujo procedimento se encontra definido na própria Constituição, que adota, com rigor, formalidades solenes e complexas, tornando a nossa Constituição rígida.

Ao lado das Emendas, a Constituição de 1988 também previu, no art. 3º do ADCT, o procedimento de *Revisão Constitucional*, destinado à alteração *global e geral* do texto constitucional, por meio de formalidades até mais simples do que as concernentes às Emendas. No entanto, a previsão da Revisão Constitucional foi excepcional e autorizada para ocorrer uma única vez, e em data pré-estabelecida (cinco anos após a promulgação da Constituição), circunstância que já se verificou, de sorte que não existe mais essa modalidade ou tipo de reforma entre nós, remanescendo exclusivamente as Emendas como meio de mudança formal da Constituição⁵⁰.

8.4.2. Limitações

O Poder Constituinte Derivado, como visto acima, é um poder essencialmente limitado, porque se insere na Constituição e é limitado por ela. As limitações constitucionais do Poder Derivado abrangem as suas duas espécies e alcançam todas as suas manifestações – o poder de reforma, por meio de emendas e de revisões; e o poder decorrente, por meio da elaboração e da alteração das Constituições estaduais. Essas limitações, todavia, são mais visíveis e diretamente relacionadas ao Poder Constituinte de Reforma, manifestando-se como *vedações* às reformas constitucionais, diante de certas contingências valoradas constitucionalmente.

Como são limitações impostas pela própria Constituição, não podem ser violadas, sob pena de comprometer todo o trabalho do constituinte reformador, contaminando a própria reforma com o vício de inconstitucionalidade. As limitações podem vir associadas, a critério do constituinte originário,

50. Previo o art. 3º do ADCT da CF/88: "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral". Em 1994, mais de cinco anos após a promulgação do texto constitucional, foram aprovadas 06 propostas de Revisão da Constituição, já incorporadas em seu corpo, são elas: A emenda de Revisão nº 01, acrescentou os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a emenda de Revisão nº 02, alterou o caput do art. 50 e seu § 2º, da Constituição Federal; a emenda de Revisão nº 03, alterou a alínea "c" do inciso I, a alínea "b" do inciso II, o § 1º e o inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal; a emenda de Revisão nº 04, alterou o § 9º do art. 14 da Constituição Federal; a emenda de Revisão nº 05, alterou o art. 82 da Constituição Federal e, finalmente, a emenda de Revisão nº 06, acrescentou o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal.

a diversos fatores, como ao tempo, às circunstâncias delicadas, a determinadas matérias ou procedimentos.

São elas:

- a) *Limitações temporais* – São todas aquelas que vedam as reformas constitucionais durante determinado período de tempo. Essas limitações não mais subsistem no nosso sistema constitucional, mas teve previsão expressa na Constituição do Império de 1824, que proibiu qualquer reforma em seu texto durante os quatro primeiros anos de promulgada ("Art. 174. Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles").
- b) *Limitações circunstanciais* – São aquelas que proíbem as reformas constitucionais durante a vigência de determinadas circunstâncias, consideradas anormais e inadequadas para as mudanças constitucionais, que, como é natural, supõem equilíbrio, prudência e paz de espírito. Tais limitações vêm sendo adotadas pelas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1934, quando lá se previa que "Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio" (art. 178, § 4º). A Constituição de 1988 alterou esse panorama e introduziu a vedação relacionada à intervenção federal que não era prevista antes. Assim, em consonância com a Constituição Federal de 1988, *a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio* (CF/88, art. 60, § 1º).
- c) *Limitações materiais ou substanciais* – São aquelas que excluem do poder de reforma determinadas *matérias* consideradas relevantes, previstas explícita ou implicitamente pelo texto originário. Na verdade, essas limitações impedem as reformas constitucionais tendentes a *abolir* ou *suprimir* da Constituição certas matérias, cujo conteúdo mínimo foi considerado imutável.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que as limitações materiais não vedam a alteração ou reforma das matérias que visam proteger, mas sim a supressão total ou parcial delas, assegurando seu conteúdo mínimo. Tais limitações consagram na Constituição um *núcleo material irreduzível*, que consiste num núcleo de matérias cujo conteúdo mínimo é irreformável. Isto é, a matéria não está imune a reformas; mas está protegida em seu conteúdo mínimo, que não pode ser reduzido pela emenda. Ora, é indubitável que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para *acrescentar* ao texto constitucional *novos* direitos (por exemplo, o

direito social à moradia, que foi acrescentado ao art. 6º pela EC nº 26/2000) e *novas garantias* (por exemplo, a *garantia da razoável duração do processo*, que foi inserida, como inciso LXXVIII, ao art. 5º pela EC nº 45/2004). A própria lei pode ampliar o conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, porém jamais esvaziá-lo. Podemos dar o seguinte exemplo: uma lei pode ampliar a garantia constitucional do Júri para, além de sua competência garantida para julgar os crimes dolosos contra a vida, acrescentar outros crimes (como latrocínio, lesão corporal seguida de morte, etc); só não pode a lei, nem emenda constitucional, retirar da competência do Júri os crimes dolosos contra a vida, pois se trata aí de seu conteúdo mínimo, que é imutável.

As limitações materiais podem ser divididas em:

- c.1) *Limitações explícitas ou expressas* – São limitações expressamente previstas no texto constitucional. As Constituições brasileiras do período republicano sempre possuíram um *núcleo material mínimo* imune a reformas constitucionais, preservando a República e a Federação⁵¹. Na Constituição Federal de 1988, as limitações materiais explícitas estão previstas no art. 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente a abolir* a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. À vista do preceito acima, percebe-se que as limitações materiais explícitas foram ampliadas pela Constituição de 1988, apesar da retirada da forma republicana de governo de seu núcleo duro. As limitações materiais são normalmente denominadas de *cláusulas pétreas*, que tornam essas matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial. Essas limitações, por se revestirem de singular importância, impedem que as matérias por elas tornadas imodificáveis sejam sequer objeto de deliberação pelo Congresso Nacional. Mas não é só. A Constituição veda qualquer proposta de emenda *tendente a aboli-las*, e não apenas a proposta que efetivamente venha a suprimi-las. Isso significa que a Constituição não proíbe apenas propostas de emendas que explicitamente declarem que “fica abolida a Federação” ou que “fica

51. CF/1891, art. 90, § 4º: § 4º - “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”; CF/1934, art. 178, § 5º: “Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa”; CF/1946, art. 217, § 6º: “Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República”; CF/1967, art. 50, § 1º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”; CF/1969, art. 47, § 1º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

abolido o voto direto” ou que “fica abolido tal direito”, etc. A proibição constitucional alcança qualquer proposta de emenda inclinada a suprimir qualquer valor subjacente àquelas matérias. Assim, devemos entender que quando a Constituição veda proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, ela na verdade está proibindo suprimir os elementos constitutivos e conceituais da Federação brasileira, como, por exemplo, a *autonomia* dos Estados⁵² e Municípios, pois, em razão do que dispõem os artigos 1º e 18, os Estados e Municípios integram a forma federativa de Estado.

Por último, sublinhe-se que, apesar do art. 60, § 4º referir-se a direitos e garantias *individuais*, é inegável que a proteção alcança *todos* os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais, em razão da concepção hoje dominante da *unidade e indivisibilidade* dos direitos e garantias⁵³.

52. Nesse sentido: “Na espécie, cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I). Na forma da jurisprudência desta Corte, se a majoração da despesa pública estadual ou municipal, com a retribuição dos seus servidores, fica submetida a procedimentos, índices ou atos administrativos de natureza federal, a ofensa à autonomia do ente federado está configurada (RE 145.018/RJ, Min. Moreira Alves; Rj 1426/RS, Rel. Min. Néri da Silveira; AO 258/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, dentre outros).” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).

53. O STF, na Adin 939-7 (Min. Sydney Sanches, DJ de 18.03.1994, p. 05165), na qual se discutiu a constitucionalidade da EC nº 03/93 e da Lei Complementar nº 77/93, referentemente à instituição do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu expressamente que o *princípio da anterioridade tributária*, previsto no art. 150, III, b, da CF/88, embora constando fora do catálogo expresso dos direitos individuais do art. 5º, constitui autêntico direito fundamental do contribuinte. O Supremo entendeu, assim, que sendo um direito fundamental, o princípio da anterioridade tributária está protegido pelo núcleo imutável do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, concluindo pela declaração de inconstitucionalidade da referida EC na parte que excepcionava o princípio da anterioridade na hipótese do IPMF, entre outros princípios. Assim dispõe a emenda do acórdão: “EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. (1). Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). (2). A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); (...). (3). Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e (...). (4). Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator; mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.” Mais recentemente, julgando ADI proposta contra a EC nº 52/06, o STF reiterou esse entendimento, vejamos. STF, ADI 3685/

c.2) *Limitações implícitas (ou inerentes)* – São aquelas limitações não previstas expressamente no texto da Lei Maior, mas que, sem embargo, são inerentes aos regimes e princípios que ele adota. Desde as lições do saudoso baiano Nelson de Sousa Sampaio⁵⁴ que a doutrina vem aceitando a existência das limitações implícitas ao poder de reforma constitucional para afastar do alcance daquele poder as seguintes matérias: (i) “as concernentes ao titular do poder constituinte”, diante da impossibilidade de uma emenda modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário que criou o poder derivado reformador; (ii) “as referentes ao titular do poder reformador”, pois uma emenda não pode alterar a criatura (poder reformador) instituída pela vontade soberana do criador (poder originário); e (iii) “as relativas ao processo da própria emenda”, pois não é dado ao poder de reforma alterar o próprio processo formal utilizado para implementar as reformas constitucionais, pois foi a condição que o poder originário encontrou para autorizar a alteração da obra constitucional; mas o autor admitia a mudança do processo constitucional de emenda para torná-lo mais rígido, não a aceitando para torná-lo mais brando,

DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, DJ de 10.08.2006, p. 19: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.”

54. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 93 e ss.

pois nessa última hipótese causaria a alteração da própria classificação da Constituição de rígida para flexível, o que seria um absurdo.

Entendemos, em adendo às posições convencionais acima delineadas, que os Princípios Fundamentais do Título I da Constituição Federal constitui autêntica limitação material implícita ao poder reformador, pois seria um despautério permitir-se a um poder derivado alterar as próprias *decisões políticas fundamentais* do Poder Originário que dão conformação político-constitucional ao próprio Estado (como, por exemplo, os princípios fundamentais da República⁵⁵, da Federação, do Estado Democrático de Direito, da Cidadania, da Dignidade da Pessoa Humana, da Soberania Popular, da Separação de Poderes, entre outros). Para além disso, cumpre acentuar que as próprias limitações constitucionais (circunstanciais, materiais expressas e procedimentais) são, por si só, uma limitação material implícita, por razões óbvias.

d) *Limitações procedimentais ou formais* – São limitações que ora submetem as propostas de emenda constitucional à observância do procedimento legislativo previsto na Constituição (art. 60, incisos I, II, III e §§ 2º e 3º), ora vedam que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º).

8.4.3. Processo Legislativo de Emenda à Constituição: processo de reforma constitucional

A Constituição de 1988, após dispor que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição (art. 59, I), definiu o processo legislativo especial de emendas à Constituição, que compreende uma série de formalidades que dão a tônica e emprestam rigidez ao texto constitucional. Trata-se do processo de reforma constitucional destinado a implementar as mudanças formais da Constituição.

Esse processo abrange as seguintes etapas: (i) apresentação das propostas de emenda à Constituição; (ii) tramitação e deliberação das propostas e (iii) promulgação da Emenda Constitucional. Vejamo-las em apartado:

55. Apesar do Constituinte originário, quebrando uma tradição histórica, não haver inserido a República no núcleo material irredutível e irreformável da Constituição de 1988 (§ 4º do art. 60), em face do que constava o art. 2º do ADCT (“No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”), pensamos que, já verificada a hipótese prevista nesse art. 2º do ADCT, a República volta a ser uma cláusula pétrea, agora como limitação material implícita.

- i) *Apresentação das propostas de emenda à Constituição.* Em conformidade com o art. 60, incisos I a III, a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de *um terço*, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados (ou seja, proposta subscrita por no mínimo 171 Deputados Federais) ou do Senado Federal (isto é, proposta subscrita por no mínimo 27 Senadores); II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (quer dizer, proposta subscrita por no mínimo 14 Assembléias Legislativas, por meio de seus presidentes, após as providências deliberativas internas).
- ii) *Tramitação e deliberação das propostas.* Dispõe a Constituição, no art. 60, § 2º, que a proposta será discutida e votada em *cada* Casa do Congresso Nacional, em *dois turnos*, considerando-se aprovada se obtiver, em *ambos os turnos*, *três quintos* dos votos dos respectivos membros. Isso significa que a proposta de emenda constitucional (PEC) se submete, em cada Casa do Congresso (Câmara e Senado), a dois turnos de discussão e votação (ou seja, são duas votações distintas realizadas em cada Casa, que atua separadamente), exigindo-se, para aprovação da proposta, o *quórum* de 3/5 nesses dois turnos ou votações (dois turnos na Câmara e dois turnos no Senado). Assim, supondo que seja iniciado o processo legislativo de emenda na Câmara dos Deputados, nesta Casa a proposta deve se submeter a duas votações; todavia, se na primeira votação não é alcançado o quórum de 3/5 (na Câmara isso corresponde a 308 votos a favor), nem vai para o segundo turno na mesma Casa, pois a proposta será considerada rejeitada e deve ser arquivada. Entretanto, sendo a proposta aprovada nos dois turnos na Câmara, ela seguirá para o Senado onde deverá também se submeter a duas votações ou dois turnos (aqui, o quórum de 3/5 corresponde a 49 votos a favor); havendo aprovação nesses dois turnos, a proposta finalmente foi aprovada pelas duas Casas do Congresso, convertendo-se em Emenda Constitucional; não sendo aprovada em qualquer dos dois turnos no Senado, será considerada rejeitada e deve ser arquivada.
- iii) *Promulgação da Emenda Constitucional.* Aprovada a proposta pelas duas Casas do Congresso Nacional, transforma-se ela em Emenda Constitucional, que, segundo o art. 60, § 3º, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. O passo seguinte será a publicação da Emenda em Diário Oficial da União, o que conclui o seu processo legislativo.

Pelo que foi examinado fica claro que a Emenda Constitucional não depende de sanção do Presidente da República para ser aprovada. Isso demonstra que o poder de reforma constitucional é de competência exclusiva do Congresso Nacional.

8.4.4. Controle de constitucionalidade da reforma constitucional

Como examinado acima, o poder constituinte reformador sujeita-se a limitações circunstanciais, materiais e procedimentais. Assim, caso seja exercido com violação às mencionadas limitações, as reformas constitucionais por ele realizadas expõem-se inexoravelmente ao controle de constitucionalidade, podendo ser declaradas inconstitucionais e suprimidas do sistema jurídico.

Porém, é importante observar que, nada obstante juridicamente possível o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, o parâmetro ou paradigma de confronto nesse controle é bastante estreito, pois corresponde apenas às limitações estudadas⁵⁶.

8.5. Poder Constituinte Decorrente

É aquele que, decorrendo do originário, não se destina a rever sua obra, mas a institucionalizar coletividades, com caráter de organizações políticas regionais (no Brasil, são os Estados-membros da Federação).

É o Poder Constituinte dos Estados-membros da Federação, que se assenta na *autonomia* de que gozam essas pessoas políticas na organização federal. Entre nós, tem fundamento na Constituição Federal, que, no art. 25, prevê que os Estados se organizam e se regem pelas *Constituições* que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Ademais, em reforço ao art. 25, a Constituição ainda previu no art. 11 do ADCT, que cada Assembléia Legislativa, com *poderes constituintes*, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

É um poder derivado, limitado e condicionado. Sujeita-se não só às limitações impostas ao poder reformador, como outras previstas difusamente

56. STF, MS 24875/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006, p. 33: "(...)III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. (...) 1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma."

no texto constitucional, devendo guardar *simetria* com o modelo constitucional federal, em virtude dos parâmetros de observância cogente pelos Estados-membros da Federação, à luz do *princípio da simetria*. Assim, em face do mencionado *princípio da simetria*, os Estados federados submetem-se às limitações que determinam a observância dos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal, sob pena de intervenção federal no Estado; às limitações do poder de tributar, elencadas no art. 150; às limitações decorrentes dos direitos e garantias fundamentais; das limitações concernentes às regras de repartição de competência; às limitações relativas à organização e independência dos poderes⁵⁷; às limitações associadas ao processo legislativo⁵⁸, entre outras.

Existe também, a nosso sentir, um poder constituinte decorrente do Distrito Federal, apesar de a Constituição Federal, ao dispor dessa entidade política (art. 32), referir-se à sua organização por meio de Lei Orgânica. E assim nos posicionamos por dois motivos. Primeiro, porque ao Distrito Federal foram atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados, entre as quais figura a de elaborar sua Constituição, sendo inegável a deliberação do constituinte de nivelar essas duas entidades federadas, guardadas as suas peculiaridades; segundo, porque a chamada Lei Orgânica do Distrito Federal ostenta natureza material de Constituição, submetida apenas aos princípios

57. STF, ADI 738/GO, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 07.02.2003, p. 20: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR. LICENÇA PARA SE AUSENTAREM DO PAÍS POR QUALQUER PERÍODO. 1. Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembléia Legislativa para que o Governador e o Vice-Governador possam ausentar-se do País por qualquer prazo. 2. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente."

58. STF, ADI 1353/RN, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 16.05.2003, p. 89: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONCESSÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS. SIMETRIA. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. As regras de processo legislativo previstas na Carta Federal aplicam-se aos Estados-membros, inclusive para criar ou revisar as respectivas Constituições. Incidência do princípio da simetria a limitar o Poder Constituinte Estadual decorrente. 2. Compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, lato sensu, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, "a" e "c" c/c artigos 2º e 25). Precedentes. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação procedente." No mesmo sentido, STF, ADI nº 2966/RO, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 06.05.2005, p. 6: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MILITARES. REGIME JURÍDICO. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Emenda Constitucional 29/2002, do estado de Rondônia. Inconstitucionalidade. À luz do princípio da simetria, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que disciplinem o regime jurídico dos militares (art. 61, § 1º, II, f, da CF/1988). Matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar. Precedentes. Pedido julgado procedente."

estabelecidos na Constituição Federal, e servindo, inclusive, de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis distritais⁵⁹.

O poder constituinte decorrente, portanto, só pode ser exercido pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, não sendo admitida a hipótese do seu exercício pelos Municípios, que não o receberam, pois estas entidades políticas locais são subordinadas às Constituições dos Estados que integram, além de se sujeitarem à própria Constituição Federal. Do contrário, falar de um poder constituinte decorrente dos Municípios é cogitar da existência de um poder decorrente do poder decorrente.

O poder constituinte decorrente se *manifesta* quer quando se institui o Estado ou Distrito Federal, estabelecendo a sua organização fundamental, com a elaboração das respectivas Constituições; quer quando se reforma esses textos, com a aprovação de emendas constitucionais às Constituições dos Estados e à Lei Orgânica do Distrito Federal.

9. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A chamada *mudança constitucional* ou *interpretação constitucional evolutiva*, ao contrário dos procedimentos de emenda e revisão, cuida-se de processo *não formal* de mudança das Constituições rígidas, por via da tradição, costumes, interpretação judicial e doutrinária. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁰, *mudança constitucional* é o processo que altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito; portanto, mudança constitucional que não contrarie a Constituição, ou seja, por ela acolhida.

Na verdade, a mudança constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se

59. Nesse sentido, STF, Rcl 3436, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 01.08.2005, p. 137: "Tratando-se do Distrito Federal, e como precedentemente assinalado, o paradigma de confronto, presente o modelo positivado no art. 125, § 2º da Constituição da República, há de ser aquele consubstanciado em sua Lei Orgânica, que se qualifica, juridicamente, como o estatuto fundamental dessa pessoa jurídica de direito público: "A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante – e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital – a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições promulgadas pelos Estados-membros". Também com o mesmo entendimento, LEO VAN HOLTHE, *Direito Constitucional*, p. 107.

60. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente as demandas do texto e dos fatos.

A mutação constitucional é muito forte nos EUA, através das decisões vinculantes da Suprema Corte que constantemente vêm regenerando a Constituição daquele País. Não é obra do acaso que a mais antiga Constituição escrita do mundo é considerada uma das mais atuais. É em razão da mutação constitucional que se explica por que, em plena era do desenvolvimento, a maior potência atômica do mundo permanece regida por uma Constituição "ditada à luz de uma vela de sebo", na expressão original de Rodney L. Mott⁶¹. Na Inglaterra é muito comum também a mutação constitucional através dos costumes constitucionais e na Alemanha, por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

No Brasil, vem sendo ultimamente adotada pelo STF para modificar a sua interpretação e jurisprudência sobre determinados temas⁶².

10. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

A manifestação do Poder Constituinte Originário implicará algumas consequências relevantes para o mundo jurídico. Isso porque, a nova Constituição causará a revogação da Constituição passada, deixando o direito anterior, como é natural, órfão de seu fundamento constitucional originário.

Com essa sucessão de Constituições no tempo, fenômeno que suscita a importância pelo estudo do chamado direito constitucional intertemporal,

61. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 72.

62. STF, 1ª Turma, HC-QO 86009/DF, Relator Min. CARLOS BRITTO, DJ de 27.04.2007 p. 67: "QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUÍZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito."

surge a necessidade de saber como ficará o direito infraconstitucional precedente diante da nova Constituição. É o que veremos a seguir.

10.1. Princípio da Recepção

Com a revogação da Constituição anterior, o direito infraconstitucional existente à época e que dela extraía o seu fundamento de validade, pode se deparar diante de duas situações: ser recepcionado pela nova Constituição ou, caso contrário, ser revogado por ela.

Será recepcionado quando em conformidade *material* com a nova Constituição, recebendo dela o seu novo fundamento de validade. Assim, o princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com ela tais normas forem substancialmente compatíveis, ainda que formalmente não o sejam. Essa recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as necessárias adequações de ordem formal (foi o que aconteceu com o CTN, que originalmente era uma lei ordinária, mas foi recebido pela Constituição de 1988 como lei complementar, por força de seu art. 146, tudo porque compatível materialmente com a nova Constituição).

Contudo, se o direito pré-constitucional não se harmonizar materialmente com a nova Constituição, não será recepcionado por esta, mas sim por ela revogado. Logo, na hipótese há de se aplicar o princípio *lex posterior derogat priori*⁶³.

63. Segundo a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser solucionada segundo os princípios de direito intertemporal, com a revogação da norma infraconstitucional anterior, não se falando na espécie de inconstitucionalidade superveniente. Na ADIN nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 06.02.92, DJU de 21.11.97, a questão foi amplamente discutida, sobretudo em face da manifestação do Min. Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência do Supremo, no que foi seguido pelos Mins. Marco Aurélio e Néri da Silveira. Todavia, prevaleceu, no final, a tese tradicional da Corte. Confira a ementa do julgado: "CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido". Entretanto, com a previsão da ADPF

10.2. Repristinação

Entende-se por repristinação o restabelecimento da norma revogada em razão da revogação da norma revogadora. Ela é vedada pela LICC (art. 2º, § 3º), salvo quando a própria lei revogadora dispuser expressamente a respeito.

Em termos constitucionais, a repristinação seria o restabelecimento do direito infraconstitucional já revogado por Constituição passada em razão da revogação deste documento constitucional pela nova Constituição, com a qual aquele direito revogado materialmente se concilia.

Imagine uma lei editada sob a vigência da Constituição de 1946, revogada pela Constituição de 1967, mas que se compatibiliza com a Constituição de 1988. Isso não significa, a princípio, que essa lei foi repristinada pela Constituição de 1988, tendo em vista que a referida lei nem existe mais no ordenamento jurídico. Todavia, havendo previsão expressa na nova Constituição, é possível o fenômeno em tela. Mas não há falar em repristinação automática.

10.3. Desconstitucionalização

É a recepção pela nova ordem constitucional, como *leis ordinárias*, de disposições da Constituição anterior. Vale dizer, em razão das normas da Constituição anterior guardarem harmonia material com a nova Constituição, haveria um fenômeno de desconstitucionalização dessas normas, que perderiam o status de normas constitucionais para assumirem a posição de normas legais, com o único objetivo de serem recepcionadas pela nova Constituição.

Não há explicação lógica para a adoção de tal fenômeno. Por outro lado, para que exista a desconstitucionalização é necessário que ela tenha previsão expressa no novo texto.

é possível falar em inconstitucionalidade superveniente em caso de eventual conflito intertemporal entre o direito anterior e a nova Constituição.

CAPÍTULO VII

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Conceito e pressupostos do controle de constitucionalidade: 2.1. Conceito; 2.2. Pressupostos: 2.2.1. A Constituição formal; 2.2.2. A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema; 2.2.3. A previsão de um órgão competente – 3. Antecedentes históricos e evolução do controle de constitucionalidade: 3.1. O sistema “americano” da judicial review of legislation ou “difuso” de controle de constitucionalidade e o leading case William Marbury v. James Madison; 3.2. O sistema “austriaco” ou “concentrado” de controle de constitucionalidade. A contribuição de Kelsen; 3.3. O sistema francês de controle de constitucionalidade e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008: 3.3.1. O Controle de Constitucionalidade na França, a Constituição de 04 de outubro de 1958 e o Conselho Constitucional; 3.3.1.1. Composição do Conselho Constitucional; 3.3.1.2. Competência do Conselho Constitucional; 3.3.2. O Controle Preventivo de Constitucionalidade na França; 3.3.3. O Controle Repressivo de Constitucionalidade na França e a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC); 3.3.4. Considerações finais; 3.4. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil: 3.4.1. A Constituição de 1824; 3.4.2. A Constituição de 1891; 3.4.3. A Constituição de 1934; 3.4.4. A Constituição de 1937; 3.4.5. A Constituição de 1946; 3.4.6. A Constituição de 1967/69; 3.4.7. A Constituição de 1988 – 4. Modelos de controle de constitucionalidade: 4.1. Quanto ao parâmetro do controle; 4.2. Quanto ao objeto do controle; 4.3. Quanto ao momento da realização do controle; 4.4. Quanto à natureza do órgão com competência para o controle; 4.5. Quanto ao número de órgãos com competência para o controle; 4.6. Quanto ao modo de manifestação do controle; 4.7. Quanto à finalidade do controle – 5. Controle difuso de constitucionalidade: 5.1. O controle difuso-incidental de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional; 5.2. A provocação do controle difuso-incidental de constitucionalidade; 5.3. A legitimidade para provocar o controle difuso-incidental de constitucionalidade; 5.4. A competência para realizar o controle difuso-incidental de constitucionalidade; 5.5. O procedimento do controle difuso-incidental de constitucionalidade; 5.6. Os efeitos da decisão no controle difuso-incidental de constitucionalidade; 5.7. O controle difuso-incidental de constitucionalidade e a suspensão da execução do ato pelo Senado Federal – 6. Controle concentrado de constitucionalidade: 6.1. O controle concentrado de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional; 6.2. Conceito e tipos de inconstitucionalidade; 6.3. A provocação do controle concentrado-principal de constitucionalidade: As Ações Diretas – 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade: 7.1. Origem, conceito e finalidade; 7.2. Legitimidade *ad causam*; 7.3. Competência; 7.4. Parâmetro e objeto; 7.5. Procedimento. A Lei nº 9.868/99; 7.6. Decisão e efeitos – 8. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 8.1. Origem e generalidades; 8.2. Natureza, finalidade e procedimento: 8.2.1. Possibilidade de medida cautelar na ADI por omissão; 8.3. Legitimidade *ad causam* e competência; 8.4. Parâmetro e objeto: 8.4.1. A omissão inconstitucional: conceito e características; 8.4.2. Momento em que ocorre a omissão inconstitucional; 8.4.3. A omissão inconstitucional e suas modalidades: 8.4.3.1. Omissão inconstitucional total e parcial; 8.4.3.2. Omissão inconstitucional formal e material; 8.4.3.3. Omissão inconstitucional absoluta e relativa; 8.4.4. As omissões controláveis; 8.4.5. A omissão inconstitucional no Direito Comparado; 8.5. Decisão e seus efeitos – 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (representação interventiva): 9.1. Origem, conceito e finalidade; 9.2. Legitimidade *ad causam*; 9.3. Competência; 9.4. Parâmetro e objeto; 9.5. Procedimento. A Lei nº 12.562/2011; 9.6. Da medida liminar; 9.7. Decisão e efeitos – 10. Ação declaratória de constitucionalidade: 10.1. Origem, conceito e finalidade; 10.2. Legitimidade *ad causam*; 10.3. Competência; 10.4. Parâmetro e objeto; 10.5. Procedimento. A Lei nº 9.868/99; 10.6. Decisão e efeitos – 11. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: 11.1. Origem, delineamento constitucional e generalidades do instituto; 11.2. A parametricidade da arguição de descumprimento: os Preceitos Constitucionais Fundamentais; 11.3. Conceito de “descumprimento” na arguição; 11.4. Modalidades da arguição de descumprimento; 11.5. Arguição direta ou autônoma: 11.5.1. Legitimidade *ad causam*; 11.5.2. Competência; 11.5.3. Procedimento. A Lei 9.882/99; 11.5.4. Medida

liminar; 11.5.5. Objeto. Os atos ou omissões controláveis: 11.5.5.1. Atos normativos; 11.5.5.2. Atos não normativos; 11.5.5.3. Atos municipais; 11.5.5.4. Atos anteriores à Constituição; 11.5.5.5. Atos políticos; 11.5.5.6. Projetos de leis ou de emendas constitucionais; 11.5.5.7. Ato de interpretação e aplicação do regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo; 11.5.6. Decisão e seus efeitos; 11.6. Arguição incidental: 11.6.1. Legitimidade *ad causam*; 11.6.2. Objeto; 11.6.3. Controvérsia constitucional relevante; 11.7. O caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O significado e alcance do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 – 12. Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros: 12.1. Considerações gerais; 12.2. O Controle de constitucionalidade difuso-incidental nos Estados; 12.3. O Controle de constitucionalidade concentrado-principal nos Estados.

“É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroaamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo” (Mauro Cappelletti).¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais.

Mas essa supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em conseqüência, assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional.

Dito d'outro modo: em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

Mas o controle de constitucionalidade, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, como forma de sempre manter a prevalência das normas constitucionais, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais.

1. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, p. 129.

O controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser.

2. CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Conceito

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

De feito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar *um sistema ou processo adequado de sua própria defesa*, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina ‘controle da constitucionalidade das leis’”.² Para esse exato sentido apontam as lições de Pedro Cruz Villalon³, que concebe o controle de constitucionalidade como “el modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución”. Ou, consoante assegura o próprio autor, como “la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado”.

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos,

2. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, p. 372.

3. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, p. 26.

quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou "erga omnes" (no controle abstrato).

Em suma, o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição.

Ante essas breves considerações conceituais, resulta claro que constitui pressuposto universal e onipresente da existência de um controle de constitucionalidade, a supremacia da Constituição. Fica evidente que, sem essa virtude ou força condicionante da Constituição sobre todos os atos do poder público, não haveria controle de constitucionalidade⁴. No entanto, a existência de uma Constituição rígida e suprema, apesar de indispensável, não é o pressuposto único para o desempenho da jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade. Outros pressupostos são encarecidos, como veremos, em sumária análise, em item separado.

2.2. Pressupostos

Como sentencia a doutrina⁵, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos reclama os seguintes pressupostos: a) existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.

2.2.1. A Constituição formal

O controle da constitucionalidade dos atos normativos requer a existência de uma Constituição formal e escrita. Quer dizer, demanda um conjunto normativo de princípios e regras escritas, plasmados num texto jurídico supremo.

A chamada Constituição costumeira ou histórica (não escrita), por ser juridicamente uma constituição flexível, não dispõe de um controle de constitucionalidade, já que, nos países que a adotam, vige o princípio da supremacia do parlamento, não se aceitando a fiscalização dos atos dele decorrentes.⁶

4. VILLALON, Pedro Cruz. op. cit., p. 26.

5. Ver, por todos, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 28-34; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 402-405 e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 376-377.

6. É claro que, do ponto de vista sociológico, as Constituições costumeiras ou históricas são naturalmente rígidas, devido a grande dificuldade de serem alteradas em face da realidade da vida social. Assim, a Constituição inglesa (não escrita ou costumeira), do ponto de vista jurídico, é flexível; contudo, do ponto de vista sociológico, ela é, sem sombra de dúvida, mais rígida do que a Constituição brasileira (escrita).

2.2.2. A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema

Ademais de uma Constituição formal, é necessário compreendê-la como uma *norma jurídica fundamental*, rígida e suprema, a fim de que se possa distingui-la das leis comuns. Aliás, a rigidez constitucional decorre exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na exigência de um processo especial e demasiadamente complexo para a alteração das normas constitucionais, confere à Constituição o *status* de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.

O controle de constitucionalidade só se manifesta, portanto, nos lugares que adotam Constituições rígidas⁷. Não obstante isso, é possível imaginar, como bem sublinha Clèmerson Merlin Clève⁸, a existência do controle de constitucionalidade nos Estados que adotam Constituições flexíveis, pelo menos em relação à inconstitucionalidade formal. A dizer, a inconstitucionalidade formal pode se verificar em face de uma Constituição flexível, uma vez que, fixado nesta um procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade.⁹ Por outro lado, embora possível a inconstitucionalidade formal, não é cogitável a inconstitucionalidade material perante as Constituições flexíveis. A rigidez constitucional, sim, é que se coaduna com os conceitos de inconstitucionalidade formal e material.

Decorre da rigidez constitucional, como já acentuado, a distinção entre as leis constitucionais (superiores ou supremas) e as leis comuns (inferiores), existindo entre elas, necessariamente, uma relação de hierarquia. Daí afirmar-se, corretamente, que a supremacia constitucional decorre logicamente da rigidez da Constituição.

Assim, rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles. Desse modo, a idéia de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público surge como decorrência lógica da noção de *rigidez constitucional*. Deveras, se no sistema das Constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão-somente mediante os processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria Constituição, segue-se logicamente que toda lei

7. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 31.

8. Ibidem, mesma página.

9. Ibidem, mesma página.

ordinária contrária à Constituição não pode ter validade, é radicalmente nula, é inconstitucional,¹⁰ devendo ser expulsa do sistema jurídico.

2.2.3. A previsão de um órgão competente

A defesa de uma Constituição formal e suprema, já asseveramos, operacionaliza-se com o controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público. Mas esse controle somente existirá se a própria Constituição prever, expressa ou implicitamente, um ou mais órgãos com competência para realizá-lo.

Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Poder Judiciário como situar-se fora dela. O importante é que tenha competência para exercer o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.¹¹

No Brasil, desde a primeira Constituição que consagrou o controle de constitucionalidade entre nós (1891), e por influência da doutrina da *judicial review of legislation* do direito norte-americano, cumpre ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, em que pese a faculdade atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo de desempenharem, em situações excepcionais, o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade de certos atos e projetos legislativos.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade não nasceu de um ato genial de um só homem. Ele é resultado de um paulatino processo de amadurecimento através de séculos de história.

Podemos dizer que esse processo remonta à antiguidade clássica, em especial à civilização ateniense, onde se distinguia entre os *nómoi* e o *pséfisma*. Em linguagem moderna, devemos reconhecer que os *nómoi* representavam as leis constitucionais da época, não só porque dispunham sobre a organização do Estado, mas também porque só podiam ser alterados por procedimentos especiais. Já o *pséfisma* apresentava-se como uma lei ordinária que, qualquer que fosse seu conteúdo, devia conformar-se, formal e materialmente, com os *nómoi*. O descompasso entre o *pséfisma* e os *nómoi* era resolvido em favor destes, em face de sua reconhecida superioridade. Tanto

era assim, que os juízes atenienses, embora obrigados a julgar segundo os *nómoi* e segundo o *pséfisma*, não eram, contudo, obrigados a julgar segundo o *pséfisma*, quando este fosse contrário aos *nómoi*.¹²

Na Idade Média, a concepção que se tinha do Direito e da Justiça serve também, em certo sentido, de precedente histórico da jurisdição constitucional. Com efeito, naquela época, o direito natural assumia um lugar de destaque na concepção vigente do Direito, uma vez que se lhe reconhecia o *status* de norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas, sob pena de nulidade. Essa circunstância não escapou à percuciente observação de Battaglini, para quem:

“o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente *nulo e não vinculatório*, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada e, até, o *tiranicídio*.”¹³

Na Inglaterra da primeira metade do século XVII, obviamente antes da *Glorious Revolution* de 1688, predominou a doutrina de Sir Edward Coke, que pregava a superioridade da *Common Law*, em face mesmo do Rei e do Parlamento. Segundo Lord Coke, a supremacia da *Common Law* era garantida pelos juízes, que exerciam uma autoridade de árbitro entre o Rei e a Nação. Assim, os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *Common Law*.¹⁴ Essa doutrina predominou na Inglaterra por algumas décadas, de onde se estendeu para as colônias inglesas da América, onde foi acolhida pelos tribunais locais que, nela baseados, negavam aplicação às leis coloniais consideradas incompatíveis com as “Cartas” outorgadas pela Coroa a cada uma das Colônias. Estas

12. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, op. cit., p. 51.

13. BATTAGLINI, M. ‘Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità’. In: *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, XII, 1962, p. 663-770, apud CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade...*, op. cit., p. 52.

14. No famoso caso *Bonham*, discutido em 1610, junto ao Tribunal das *Common Pleas*, o juiz Sir Coke considerou que a *Common Law* constituía *higher law* fundada na razão, ou seja, operava como uma lei fundamental, condensando as idéias de Direito básicas sobre organização do poder e sobre os direitos dos súditos. A propósito do caso, sabe-se que *Bonham* era um médico que exercera em Londres suas atividades profissionais, sem a autorização do Colégio de Médicos de Londres, sendo por este fato punido. O juiz Coke questionou a legitimidade da lei que previa tal punição, em razão de a mesma contrastar com a *natural equity*, que constituía *Common Law*, por reunir os fundamentos racionais da justiça comum.

10. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, p. 372.

11. Op. cit., p. 34.

“Cartas” ou “Estatutos da Coroa” funcionavam como verdadeiras Constituições das Colônias, seja porque vinculavam o direito colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias¹⁵.

No entanto, as idéias de Edward Coke – da supremacia da *Common Law* e de sua garantia pelos juízes – foram abandonadas na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi proclamada a doutrina da supremacia do Parlamento (*supremacy of the Parliament*), ainda hoje vigente naquele País, onde não se fala em controle judicial de constitucionalidade. Contudo, da doutrina de Coke ficaram os frutos, que serviram de força inspiradora não só para os *founding fathers* da nova Nação, como para a formação do pioneiro sistema, pelo menos em bases modernas e sistemáticas¹⁶, da *judicial review* do direito norte-americano.¹⁷

15. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 61. Segundo Cappelletti, essas “Cartas” ou “Constituições coloniais” dispunham que as Colônias podiam aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis não contrariassem as leis do Reino da Inglaterra. E justamente em virtude da supremacia da lei inglesa, o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis coloniais deviam ser aplicadas pelos juízes das Colônias, desde que elas não estivessem em contraste com as leis do Reino.
16. A ressalva é necessária porque, como já percebemos pela análise dos antecedentes históricos da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade não é uma idéia originada exclusivamente da *judicial review* do direito norte-americano. É certo, entretanto, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano da *judicial review*, nada igual tinha sido criado noutros Estados. Mas isto não obnubila os precedentes históricos acima citados, que muito contribuíram para a construção do sistema norte-americano. No mesmo sentido, Cappelletti assim se pronuncia, ao contestar parcialmente a tese do constitucionalista norte-americano James A. C. Grant, de que o controle de constitucionalidade das leis é uma contribuição das Américas à ciência política: “Esta tese contém em si um núcleo importante de verdade; ela é, em outras palavras, substancialmente verdadeira, sem ser, porém, historicamente, de todo correta. Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review* (*of the constitutionality of legislation*), nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do ‘constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições ‘rígidas’, contrapostas às Constituições ‘flexíveis’ (...). (...) E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo ‘ocidental’ tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pelo corajosa jurisprudência que a aplicou”. Todavia, diz Cappelletti que aquela tese não é historicamente de todo correta, porque, “embora não expressa e conscientemente configurada como ‘supremacia da Constituição’ em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis* – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis ‘constitucionais’ ou ‘fundamentais’, *Grundgesetze* – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis ‘ordinárias’” (*Controle de Constitucionalidade...*, op. cit., p. 46-49).
17. Cappelletti vê nisso um aparente paradoxo, pelo qual o Direito inglês, que excluiu da mãe pátria, por força do princípio fundamental da supremacia do Parlamento, a possibilidade de controle judicial da legislação, fez-se, ao contrário, inspirador e promotor, nas Colônias, deste controle. Segundo o autor, “Paradoxalmente, a ‘supremacia do Parlamento’ na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada ‘supremacia dos juízes’ nos Estados Unidos da América!” (*O Controle Judicial...*, op. cit., p. 58-63).

3.1. O sistema “americano” da *judicial review of legislation* ou “difuso” de controle de constitucionalidade e o *leading case William Marbury v. James Madison*

Como se sabe, a idéia de supremacia da Constituição é tributária do constitucionalismo norte-americano e foi considerada como a criação jurídica mais importante daquele país, ao lado do sistema federal.¹⁸ A própria Constituição Federal dos EUA, de 17 de setembro de 1787, consagrou essa supremacia, ao incluir no seu artigo VI, cláusula 2ª (conhecido como *supremacy clause*), a seguinte redação:

“Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados deverão obedecer-lhes, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.

Segundo García de Enterría, cuida-se, aí, da doutrina da supremacia constitucional, “que se expresa en una ‘vinculación más fuerte’; la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución”.¹⁹ Com supedâneo neste dispositivo, formou-se, em seu derredor, todo o sistema da *judicial review*, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, por obra do *Chief Justice* John Marshall. Sem embargo, há quem entenda que a *judicial review of legislation* do direito norte-americano, à míngua de previsão constitucional expressa, decorreu de construção pretoriana.²⁰

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos

18. ENTERRÍA, Eduardo García de. op. cit., p. 51.

19. Ibidem, p. 54.

20. Nesse sentido, BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*, op. cit., p. 10: “A idéia de se atribuir às Côrtes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América. Foi *construída* pela jurisprudência da Corte Suprema, na ausência de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso *Marbury v. Madison*, onde o verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano – o juiz Marshall – a expôs limpidamente, imprimindo-lhe a marca do seu gênio”. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op. cit., p. 154 e no seu recente *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, pp. 05 e 51, e Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 421, de cujas lições podemos extrair a seguinte passagem: “(...) el pensamiento de la revisión judicial no era absolutamente nuevo y que – por las razones que fuere – tal facultad no está contenida en la constitución, por más que la interpretación de algunos preceptos pueda dar lugar a ella. Dicha facultad se ha formado, pues, al margen del puro texto constitucional, en virtud de una teoría general de las constituciones escritas y de la interpretación de la norteamericana”.

juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que Marshall faz, no sentido de que, quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária. Segundo Marshall, não havia meio termo entre estas duas alternativas. Como cediço, a Corte, influenciada por Marshall, optou pela primeira alternativa, consolidando o sistema judicial do controle da constitucionalidade das leis, que entrou para a história do direito constitucional, servindo de modelo e referencial obrigatório para muitos países da América e, inclusive, da Europa. Em sua decisão, deixou o *Chief Justice* registrado o seguinte:

“Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz”.²¹

21. A tradução é de Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, op. cit., p. 129-130.

Com esta decisão, fixaram-se, em definitivo²², as bases da doutrina da *judicial review*, cuja lógica os juristas americanos, em sua maioria, consideraram indene a qualquer crítica. É interessante ressaltar que, em razão das circunstâncias especiais que envolveram o caso, o próprio Poder Executivo foi levado a acatar, sem resistência, o resultado do julgamento, uma vez que o mesmo lhe foi favorável. Segundo ressalta Lúcio Bittencourt,²³ o *Justice Marshall*, na afamada decisão, utilizou-se de uma estratégia magistral, uma vez que, para divulgar sua tese, escolheu um caso em que o então Presidente Thomas Jefferson tinha grande interesse partidário, tendo-lhe sido a decisão inteiramente favorável.

Essa decisão, sob o aspecto jurídico e lógico, é irrepreensível, apesar das críticas que a acusaram de *usurpadora de poder*, lançadas sob o argumento de que em nenhum dispositivo da Constituição se encontra expressamente conferida ao Poder Judiciário a faculdade de controlar a constitucionalidade dos atos dos outros Poderes, para declará-los nulos em face da Constituição. Quanto a este aspecto, prevaleceu o entendimento de que não houve usurpação de poderes, tendo em vista que o embrião da *judicial review* já se encontrava nas dobras da Constituição norte-americana, pois lá fora posto pela história.²⁴

Com efeito, o próprio artigo VI, cláusula 2ª (a *supremacy clause*), da Constituição norte-americana já consagrava a supremacia de suas normas, ao prever que a Constituição é o “direito supremo do país” e ao “vincular” os juízes de todos os Estados-membros, que lhe deverão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário. Para além disso, já dispunha seu artigo III, seção II, que o Poder Judiciário teria jurisdição “sobre todas as causas de direito e equidade suscitadas no domínio da Constituição”. Acrescente-se a tudo isso, o que prevê a Primeira Emenda

22. Cumpre-nos lembrar que, mesmo antes da decisão de Marshall, houve precedentes a respeito do controle de constitucionalidade. Bem esclarece GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, p. 421, para quem “Sobre la facultad judicial de anular una ley por su inconstitucionalidad pueden encontrarse precedentes tanto en el derecho de la época colonial como en los debates y polémicas en torno a la Constituyente”. Essa é também a opinião de Ronaldo Polleti, *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 32, segundo o qual “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência, conforme os precedentes lembrados e outros, que lhes foram seguindo. A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação”.

23. Op. cit., p. 14 (nota de rodapé nº 15).

24. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, p. 77.

àquela Constituição, aprovada em 25 de setembro de 1789, que proíbe o Congresso de elaborar leis contrárias a certos direitos civis e políticos.

De ver-se, destarte, que a própria Carta Magna já confiava ao Poder Judiciário a função de controle da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. O *Justice Marshall* tão-somente germinou a semente plantada pelos constituintes da Filadélfia. Aliás, relembramos que, desde antes de Marshall, Alexander Hamilton havia antecipado a idéia de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Hamilton, portanto, já havia defendido que nenhum ato legislativo em contraste com a Constituição pode ser válido. E como o Legislador não pode ser o juiz constitucional de suas próprias atribuições, nada mais natural e razoável que os juízes e tribunais figurem como corpos intermediários entre o povo e o Legislativo, a fim de assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram demarcados. Esta circunstância não provoca qualquer superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. "Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira".²⁵

Com a decisão de Marshall, jurídica e logicamente irretorquível, acolheu-se a tese de que as Constituições, sobretudo nos sistemas de Constituições rígidas, são normas jurídicas fundamentais e supremas a quaisquer outras, devendo sempre prevalecer, de tal sorte que, diante da desconformidade entre uma Constituição e uma lei, o juiz é obrigado a aplicar a Constituição e a não aplicar a lei, que, nesse caso, é írrita. Nasceu, portanto, com a célebre decisão, o controle judicial da constitucionalidade das leis. E é isso que importa.

Contudo, lançando os olhos para os aspectos fáticos que engendraram a famosa decisão, vamos perceber que tudo não passou de um indecente caso de politicagem. Isso porque, Marshall, além de *Chief Justice*, era Secretário de Estado do então Presidente Federalista John Adams, e nessa condição auxiliou o Presidente dos EUA, em fim de mandato, a realizar inúmeras nomeações em favor de correligionários (os conhecidos "testamentos políticos"), que foram feitas no último dia de seu governo. Todavia, Marshall, substituído por Madison na Secretaria de Estado, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de nomeação, razão pela qual estes foram sustados por ordem do novo Presidente do Estados Unidos, o então Republicano Thomas Jefferson. Entre os prejudicados pela sustação, figurava

25. HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *The Federalist Papers*, op. cit., p. 226.

William Marbury, nomeado juiz de paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia, que moveu uma ação judicial (*writ of mandamus*) junto à Corte Suprema objetivando obrigar Madison a empossá-lo. Nesse caso – conhecido por *Marbury v. Madison* – o *Justice Marshall* não só tomou parte no julgamento, mas também liderou a opinião de seus pares, o que caracterizou uma situação *sui generis*, dado o seu manifesto interesse pessoal e direto no caso em apreço²⁶. Acuado pela opinião pública e pela ameaça de *impeachment* dos juízes da Suprema Corte e do não cumprimento da ordem, caso deferida, Marshall valeu-se de uma habilidosa estratégia. Embora reconhecendo o direito de Marbury, denegou a ordem requestada em razão de uma preliminar de incompetência da Corte. Para o reconhecimento dessa preliminar, Marshall desenvolveu sua doutrina da *judicial review of legislation*, reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar originariamente ações daquela espécie (a

26. Entenda-se o caso, segundo as palavras de Raul Machado Horta: "O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, favoreceu, finalmente, os desígnios de Marshall. Tratava-se de assunto de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juízes de paz nomeados pelos Federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juízes de paz. No açoitamento das providências finais, que antecederam à transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se, ou não teve tempo de providenciar o expediente necessário, deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison, sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que se expedissem apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados, figuravam Marbury e os três companheiros que recorreram à Suprema Corte, em 1801 (William Marbury, Denis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper), pleiteando um *writ of mandamus* contra o Secretário Madison, para empossá-los nos cargos. Marshall admitiu a justiça da pretensão. Preocupava-o, entretanto, a resistência do Executivo à decisão favorável da Suprema Corte. O caso, que não envolvia interesse material de monta, colocou mais à vontade o 'Chief Justice' para firmar decisão de profundas consequências políticas. Entrando no exame do caso, Marshall invoca a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1.789, no qual se basearam os recorrentes; artigo esse que deferia à Suprema Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o artigo III, seção II, do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à apreciação da Suprema Corte. Lançado o princípio, Marshall realiza uma retirada estratégica, no bom sentido militar, invocando a incompetência da Corte Suprema para decidir o caso concreto. Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade. O que interessava fundamentalmente a Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801. A eleição de Jefferson e a da maioria republicana do Congresso equivaliam, no entender dos federalistas, a uma ampla delegação popular aos eleitos, para substituir o postulado federalista da supremacia do governo federal pelo postulado republicano da soberania dos Estados, agitado na campanha presidencial com os acenos aos 'States rights' (HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*, p. 54). Vide também POLLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 43.

Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1789, no qual se basearam os recorrentes). Considerou-se que a competência da *Supreme Court* encontrava-se taxativamente enumerada na Constituição, sem qualquer possibilidade de ampliação legal.

Não obstante a doutrina da *judicial review*, com a mencionada decisão, ter sido definitivamente firmada nos Estados Unidos, ela passou por algumas dificuldades iniciais. Segundo Lúcio Bittencourt,²⁷ pelos menos por três vezes, até meados do século em que foi divulgada, correu a doutrina o risco de perder sua eficácia. Na primeira, em razão do extremado partidatismo do *justice* Samuel Chase, que julgava sem nenhuma isenção, provocando grande reação na opinião pública, a ponto de lhe ser intentado um processo de *impeachment*. Tentando resolver esse problema, o próprio Marshall propôs a criação de uma Corte Constitucional dentro do próprio Congresso, abdicando do controle judicial. Porém, rejeitado o *impeachment*, não mais se falou no assunto e a doutrina da *judicial review* permaneceu íntegra. Na segunda, coube ao Presidente Andrew Jackson ameaçar a doutrina do controle judicial, vetando o ato de reorganização do Banco dos Estados Unidos, cuja constitucionalidade fora admitida por Marshall e seus pares, em decisão proferida em 1819, no caso *Mc Culloch v. Maryland*. O fundamento do veto foi, justamente, a inconstitucionalidade da criação daquele banco, salientando Jackson, numa verdadeira queda-de-braço com a Suprema Corte, que as decisões desta tinham caráter meramente *opinativo*, valendo somente pelo seu raciocínio, sem dispor de força compulsória.²⁸ Finalmente, na terceira vez, cumpriu ao Presidente democrata Lincoln recusar-se a aceitar decisão da Suprema Corte, então presidida pelo *Chief Justice* Taney. Isso em decorrência de a decisão da Corte ter declarado a inconstitucionalidade do chamado *Missouri Compromise* e invalidado a emancipação do escravo negro Dred Scott.

Enfim, em que pesem essas dificuldades iniciais, que foram, de uma forma e de outra, superadas, a doutrina de Marshall restou definitivamente consagrada, prevalecendo nos EUA, até hoje, a orientação fixada no *lead case* *Marbury v. Madison*. Essa orientação, já se disse, mereceu acolhida por diversas Constituições de Estados americanos, entre os quais o Brasil, a partir de sua Constituição de 1891. Contudo, é preciso esclarecer que o sistema

27. Op. cit., p. 15-17.

28. Disse o então Presidente Jackson: "A opinião dos juízes não tem maior autoridade sobre o Congresso do que este possui sobre aqueles e, nesse particular, o Presidente é independente de ambos. Não se pode, por consequência, permitir à Corte Suprema exercer autoridade sobre o Congresso ou o Executivo quando estes agem em sua capacidade legislativa, limitando-se os juízes à influência que o seu raciocínio possa merecer" (*apud* BITTENCOURT, Lúcio. op. cit., p. 15-16).

judicial norte-americano do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público estava limitado a um controle meramente *incidental*, exercitável em face de uma controvérsia real e concreta. Assim, se por um lado a *judicial review* do sistema norte-americano consolidou-se com a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público contrastantes com a Constituição (diz-se, por isso, que o controle é *difuso*), por outro lado ela restou circunscrita aos casos concretos submetidos a julgamento e, mesmo assim, desde que absolutamente necessária para a resolução da querela, ostentando, nesse particular, caráter prejudicial (diz-se, por isso, que o controle é também *incidental*). De conseguinte, no sistema americano ou difuso-incidental²⁹, o controle de constitucionalidade é confiado a todos os órgãos do Poder Judiciário, em face do qual cada juiz ou tribunal (originariamente ou por meio de recurso) pode deixar de aplicar, no caso concreto que lhe for submetido à apreciação, uma determinada lei (ou ato do poder público), quando a considere eivada do vício da inconstitucionalidade. Desse modo, não cumpre ao Poder Judiciário declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público, estando limitado a reconhecer a inconstitucionalidade do ato somente em face de um caso concreto, paralisando os seus efeitos no que tange ao conflito solucionado.

O que devemos entender, portanto, é que, no sistema americano de controle de constitucionalidade, as questões de constitucionalidade das leis e atos do poder público não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciais "por via principal". Estas questões só podem ser suscitadas incidentalmente, ou seja, no curso e por ocasião de uma demanda ou de um processo concreto, qualquer que seja sua natureza e seu rito. Essa situação foi, por reiteradas vezes, lembrada pela Suprema Corte. Certa feita, o Presidente Washington solicitou o pronunciamento da Corte sobre várias questões relativas à interpretação de um tratado celebrado com a França, tendo o Tribunal respondido ao Presidente que considerava impróprio, em face da Constituição, manifestar-se sobre assuntos que não decorressem de algum

29. Esclareça-se que, embora o controle incidental venha geralmente associado ao controle difuso, com ele, entretanto, não se confunde. Nos Estados Unidos pode-se dizer que há essa coincidência, pois lá o controle incidental é sempre difuso. No Brasil, igualmente, há essa coincidência (à exceção da hipótese prevista no inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, que criou a chamada arguição *incidental* de descumprimento de preceito fundamental a ser julgada concentradamente pelo STF). Todavia, em outros países como a Itália, a Alemanha e a própria Áustria, que adotam o sistema "austríaco" de jurisdição constitucional concentrada, o controle incidental é necessariamente concentrado, uma vez que exercido pelos Tribunais Constitucionais respectivos. Entrementes, visto pelo outro lado da moeda, pode-se assegurar que, no Brasil, o controle difuso é *sempre* incidental.

caso *sub judice*.³⁰ Essa posição foi reafirmada, em 1911, no caso *Muskrat v. United States*, pelo Justice DAY:

"O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos".³¹

Posteriormente, a Suprema Corte atenuou um pouco o rigor de sua posição anterior, para admitir o controle de constitucionalidade em sede de ações declaratórias, desde que presente uma controvérsia real e não simplesmente hipotética. Na verdade, o que o Tribunal fez não foi mais do que esclarecer que é possível manejar qualquer ação para se provocar a jurisdição constitucional dos juízes, desde que vinculada a um caso concreto ou a uma certa e real controvérsia. Assim, as questões de constitucionalidade podem ser incidentalmente argüidas no curso de *qualquer tipo* de processo e procedimento judiciais. Esta circunstância pode ser extraída da decisão do Justice STONE, no caso *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*, de 1933:

"A Constituição não exige que o caso ou controvérsia se apresente sob as formas tradicionais do processo, com a invocação exclusiva de remédios tradicionais. A cláusula judicial da Constituição definiu e limitou somente o Poder Judiciário, mas não particularizou o método pelo qual esse poder deveria ser invocado. Não cristalizou em formas imutáveis o processo de 1789 como o único meio possível de submeter ao Judiciário qualquer caso ou controvérsia".³²

Enfim, o modelo norte-americano da *judicial review* define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que

30. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 23 (nota de rodapé nº 36).

31. *Muskrat v. United States*, 219, U. S. 361, apud BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 23-24. Relata Bittencourt que, em consequência desta firme posição da Suprema Corte, vários advogados americanos forjaram demandas fictícias para compelir os juízes e tribunais a pronunciarem-se sobre a constitucionalidade de alguma lei. Criavam-se, portanto, um "caso" ou "controvérsia" para obter a declaração do Judiciário acerca da validade constitucional ou não da lei impugnada.

32. *Nashville C. and St. Louis Railway v. Wallace*, 288 U. S. 249, apud BITTENCOURT, C. A. Lúcio., op. cit., p. 25.

qualquer juiz e tribunal, *ante um caso concreto*, pode desempenhar. É um controle *judicial*, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle *difuso* no sentido de que *todos* os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importando sua natureza e grau de jurisdição. E, finalmente, é um controle *incidental* ou *indireto* (provocado por via de exceção ou de defesa), no sentido de que somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado, como condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último sentido, diz-se também que se cuida de um controle *subjetivo*, pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém.

Contudo, é preciso ressaltar que, embora todo órgão judicial possa exercer o controle de constitucionalidade, a Suprema Corte desempenha um papel determinante e hegemônico no domínio do sistema da *judicial review of legislation*, haja vista que lhe cumpre, em razão do princípio do *stare decisis*³³, isto é, da *eficácia vinculante de suas decisões ou da força de seus precedentes, a última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país. A consequência prática disto, de onde o sistema haure a sua funcionalidade, é que, mesmo decidindo um caso concreto, as decisões da Supreme Court produzem eficácia erga omnes, vinculando a todos. Desse modo, o princípio do stare decisis provoca uma verdadeira transformação em pronunciamento com eficácia erga omnes* daquele que seria uma pura e simples *cognitio incidental* de inconstitucionalidade com eficácia limitada ao caso concreto. Isso significa que, como aduz Cappelletti,³⁴ uma lei americana declarada inconstitucional pela Suprema Corte, embora permaneça "*on the books*", é tornada "*a dead law*", uma lei morta. Não obstante isso, a Suprema Corte norte-americana não se identifica com o *Bundesverfassungsgericht* alemão, ou com o *Verfassungsgerichtshof* austríaco, ou com os Tribunais Constitucionais espanhol e italiano. A *Supreme Court* é, isto sim, o mais alto entre os *ordinários* órgãos judiciários federais americanos e a ela se chega, não através de ações especiais ou procedimentos específicos, mas por meio de *normais* ações originárias ou de recursos³⁵. Em geral, as características acima apontadas podem ser, assim, sintetizadas:

33. O princípio do *stare decisis* é típico do *Common law*, que consiste na forma abreviada da locução latina *Stare decisis et non quieta movere*, que significa: "Ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso".

34. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 81.

35. James A. C. Grant ressalta que é equívoco cogitar-se de procedimentos ou ações especiais para se provocar a *judicial review of legislation* do sistema norte-americano. Segundo o autor, muito pelo

"a) O controle de constitucionalidade pertence a qualquer juiz, desde que lhe pareça haver choque entre a norma a ser aplicada e a Constituição. Não obstante, o ápice do controle pertence à Suprema Corte, cujas decisões têm o caráter vinculante (*stare decisis*);

b) O poder-faculdade dos juízes manifesta-se, exclusivamente, na solução do litígio que lhe é posto à decisão. Em consequência, não existe um procedimento específico de inconstitucionalidade, visto que esta é decidida dentro de um processo civil determinado. A solução é, pois, *ad casum*".³⁶

Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo sistema americano, colhe-se da concepção mais tradicional a idéia de que a lei declarada inconstitucional, porque contrária à Constituição, é írrita, ou seja, absolutamente nula. Nesse sistema, o juiz não anula, mas meramente declara uma (*pré-existente*) nulidade da lei inconstitucional, de tal modo que sua decisão opera, em princípio, efeitos *ex tunc*, pois procede a um mero accertamento de uma *pré-existente* nulidade absoluta³⁷. Ademais de produzir efeitos *ex tunc*, meramente declaratório e de nulidade, a decisão no sistema americano gera uma eficácia tão-somente para o caso concreto no qual o controle de constitucionalidade é realizado, vinculando só as partes que integram a relação jurídico-processual. Desse modo, essa decisão tem efeitos exclusivamente *inter partes*, limitada, pois, ao caso concreto. Todavia, o sistema tal como concebido nos Estados Unidos resolve parcialmente essa limitação, em face do princípio do *stare decisis* ou da força dos precedentes que a decisão da *Supreme Court* gera.

Apesar de lógico e coerente com o princípio da supremacia da Constituição, e em que pese haver assegurado a todo juiz ou tribunal, seja inferior ou superior, estadual ou federal, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, o sistema americano da *judicial review* não é de todo imune a críticas. Na nossa concepção, ele é incompleto, posto que limitado aos casos concretos. E não há como ignorarmos que é possível haver leis que, pela dificuldade de serem vinculadas a um caso concreto, podem ficar definitivamente isentas de controle, ainda que flagrantemente inconstitucionais. Esse sistema, efetivamente, pode dar margem ao surgimento de "leis

contrário, a "regra fundamental" do sistema norte-americano é que não existe qualquer tipo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais, as quais "se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven" (*El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*. Facultad de Derecho de México, 1963, p. 34, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 86).

36. DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da supremacia constitucional*, p. 63.

37. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 115-117.

intocáveis". Suponhamos, por exemplo, uma lei municipal que usurpa competência estadual ou vice-versa. Se não houver nenhuma situação concreta na qual a aplicação desta lei seja relevante, sobre ela, no sistema americano que opera exclusivamente em sede incidental, jamais poderá ser exercido o controle de constitucionalidade³⁸. Mas poderia sê-lo, se houvesse também a possibilidade de intentar tal controle pela via principal, por meio de ação direta. Do que concluímos, aqui parcialmente, que o melhor para a defesa da supremacia da Constituição é a adoção de um sistema que conjugue os modelos "americano" (difuso-incidental) e "austríaco" (concentrado-principal), ou seja, uma espécie de sistema híbrido, como o que se adota no Direito brasileiro desde 1965 (em razão da EC nº 16/65 à Constituição de 1946).

Sem embargo, o sistema americano da *judicial review* expandiu-se para quase todo o mundo. Encontra-se hoje incorporado, sobretudo, nas ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia, além de ter sido acolhido por outros países do continente americano, como o Brasil e a Argentina. Fora da Europa, esse sistema foi importado no Japão, por força da vigente Constituição nipônica de 03 de maio de 1947. Até mesmo na Europa, o sistema americano foi recebido por vários países. No Direito suíço ele figura ao lado da possibilidade de um recurso direto ao Tribunal Federal (o chamado *staatsrechtliche Beschwerde*). Neste país, os juízes têm um poder-dever geral de não aplicar as leis *cantonais* que contrastem com a Constituição Federal. Como se vê, na Suíça o controle judicial fica limitado às leis dos Cantões, uma vez que inexistente o controle judicial da constitucionalidade das leis federais. Outro tanto sucede no Direito norueguês (desde o fim do século XIX) e dinamarquês (desde os primeiros decênios do século XX), onde se vem afirmando o poder dos tribunais de controlar a constitucionalidade das leis no caso concreto. Na Suécia, a partir da decisão da Suprema Corte sueca de 13 de novembro de 1964³⁹, também se consagrou o poder da *judicial review of legislation*. Mesmo na Alemanha e Itália, países que seguem o modelo austríaco de controle concentrado, existiu, ainda que breve, uma experiência de controle do tipo americano. Assim ocorreu na Alemanha, na época da Constituição de Weimar, e na Itália, nos anos de 1948 (data da entrada em vigor da Constituição italiana) a 1956 (data que entrou em funcionamento o Tribunal Constitucional), por força do artigo VII, parágrafo 2º, das "Disposições transitórias e finais" da Constituição italiana. Foi, ademais, introduzido

38. No mesmo sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial...*, op. cit., p. 112.

39. Publicada em *Nytt Juridiskt Arkiv*, 1964, p. 471 e em *Nordisk Domssamling*, de 1965, p. 429, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 71.

na Constituição portuguesa de 1911 (art. 63) por influência da Constituição brasileira de 1891.

Todavía, ao longo do século XX o sistema americano – que se manteve fiel em todos os países acima apontados – cedeu espaço para a expansão de outro modelo de jurisdição constitucional, que surgiu na Europa continental. Cuida-se do sistema de controle “concentrado” de constitucionalidade, onde a jurisdição constitucional é confiada, com exclusividade, a um órgão jurisdicional especial (o chamado *Tribunal Constitucional*), situado na cúpula do Poder Judiciário ou, em alguns países, fora da estrutura deste Poder. Esse sistema é também conhecido como “sistema austríaco”, devido ao fato de sua origem estar vinculada à Constituição austríaca, promulgada em 1º de outubro de 1920 e elaborada a partir de projeto apresentado por Hans Kelsen, a pedido do governo da Áustria.

3.2. O sistema “austríaco” ou “concentrado” de controle de constitucionalidade. A contribuição de Kelsen

Até o início do século XX, a comunidade jurídica internacional só conhecia o sistema difuso-incidental da *judicial review* do direito norte-americano, no qual a jurisdição constitucional foi confiada a todos os órgãos do Poder Judiciário, que poderiam exercê-la em qualquer processo em curso posto a julgamento e por meio da qual os juízes e tribunais deveriam controlar a constitucionalidade das leis e demais atos do poder público, deixando de aplicá-los ao caso concreto, quando os reputassem inconstitucionais.

Esse sistema, apesar de lógico e simples, não foi adotado, todavia, pela maioria dos países europeus, que até os albores do século XX ainda não haviam recepcionado a idéia de justiça constitucional, circunstância devida, certamente, a razões históricas⁴⁰.

40. Eduardo García de Enterría bem esclarece isso (op. cit., p. 55-56). Segundo o autor, é, de fato, surpreendente que o constitucionalismo europeu tenha ficado totalmente à margem dessa formidável construção do constitucionalismo norte-americano, “lo cual solamente puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del ‘principio monárquico’ como fuente formal – exclusiva o participante – de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general. En concreto, el propio poder monárquico, titular personal de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones ‘a posteriori’, pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho. Sobre esta base material hubo de elaborarse la teoría del Derecho público en casi todo el mundo europeo. El orden jurídico aplicable materialmente por los Tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes de Derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación inter-normativa jerárquica. A su vez, la parte dogmática de la Constitución, o no existía (...), o de existir se expresaba apenas en principios

Foi, entretanto, por obra intelectual de Hans Kelsen⁴¹ que a Europa recepcionou a doutrina americana do controle judicial da constitucionalidade das leis, com estrutura, todavia, distinta do modelo americano. De feito, Kelsen concebeu um sistema de jurisdição constitucional “concentrada”, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional, sistema, portanto, significativamente distinto do sistema de jurisdição constitucional “difusa” do direito norte-americano. Essa distinção entre os sistemas “americano” e “austríaco ou europeu” de controle de constitucionalidade decorreu, efetivamente, segundo lembra José Afonso da Silva⁴², da diversidade de ambientes socioideológicos entre os Estados Unidos e os países europeus. Deveras, enquanto o constitucionalismo europeu se desencadeou em sociedades divididas, com características ideológicas opostas, o constitucionalismo norte-americano desenvolveu-se em ambiente social e ideológico homogêneo.

Essa idéia de Kelsen foi revelada num projeto que ele mesmo apresentou, a pedido do governo austríaco, à elaboração da Constituição daquele país (chamada *Oktoberverfassung*), que resultou promulgada em 1º de outubro de 1920. O sistema austríaco-kelseniano do controle “concentrado” difere fundamentalmente, como já afirmamos, do sistema americano do controle “difuso”, em diversos pontos: a) quer sob o ponto de vista “subjetivo”, ou seja, do órgão que exerce o controle; b) quer sob o ponto de vista “modal”, isto é, do modo ou da forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; c) quer, finalmente, sob o ponto de vista “funcional”, vale dizer, respeitante aos efeitos que a decisão produz seja em relação à lei

muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias sin las cuales carecían de toda operatividad. Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios”.

41. Segundo Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 54, “Dado que precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno. Que esa misma instancia reciba por ello un cierto poder es inevitable. Pero hay una gran diferencia entre configurar a un órgano ningún otro poder que sea la función de control de la Constitución y reforzar el poder de uno de los portadores del supremo poder mediante la atribución ulterior del control de la Constitución. Esta sigue siendo la ventaja fundamental de un Tribunal constitucional, porque desde el principio no toma parte en el ejercicio del poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno”.

42. ‘Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional’. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 60/61, jan./jul., 1985, p. 497.

submetida ao controle, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada.

De referência ao aspecto *subjetivo*, já dissemos que o modelo kelseniano idealiza um controle “concentrado” de constitucionalidade, cuja jurisdição constitucional está confiada a um só órgão, o Tribunal Constitucional, o único habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Esse Tribunal Constitucional, como ficou conhecido, assumiu o monopólio do controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que aos demais órgãos da justiça ordinária estavam interditas as vias da jurisdição constitucional. Os Tribunais ou Cortes Constitucionais, segundo Louis Favoreu, “são jurisdições constitucionais em tempo completo, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independentes desse, aos quais a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis”.⁴³

Esse sistema logrou notável expansão ao longo de todo o século XX, sobretudo nos países da Europa continental. Efetivamente, o controle “austriaco” de jurisdição concentrada – originado a partir da Constituição austríaca de 1920 e aperfeiçoado na sua reforma de 1929 –, serviu de modelo para diversos países europeus⁴⁴. A Itália, adotou-o na vigente Constituição de 1º de janeiro de 1948, onde se encontra em funcionamento desde 1956. Foi adotado também na Alemanha pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949; no Chipre pela Constituição republicana de 16 de agosto de 1960; na Turquia pela Constituição republicana de 09 de julho de 1961; na República Socialista da Iugoslávia pela Constituição de 07 de abril de 1963; na Grécia em 1975; na Espanha pela Constituição de 1978; em Portugal em 1982⁴⁵ e na Bélgica em 1984.

43. *Los tribunales constitucionales. La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, p. 105.

44. VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, p. 286, lembra, todavia, que a Tchecoslováquia, com sua Constituição de 29 de fevereiro de 1920, foi o primeiro Estado que introduziu em seu ordenamento o controle concentrado de constitucionalidade, adiantando-se uns meses à Áustria. Inclusive, segundo o autor, o sistema adotado na Tchecoslováquia foi o “más puro de los modelos: un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes. El modelo tiene unos caracteres tan ‘cartesianos’ que el primero de los preceptos que configuran el ordenamiento constitucional está dedicado a la proclamación del principio de primacía de la Constitución, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opongan a aquélla, el segundo atribuye la garantía de este principio a un Tribunal Constitucional y el tercero aborda la composición del mismo” (p. 287). Contudo, a Tchecoslováquia não serviu de referência para outros países da Europa, em razão da pouca experiência que teve no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo por causa da breve e tumultuosa vida política. Consoante esclarece Cappelletti, *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 73, a Corte Constitucional tchecoslovaca sequer teve a oportunidade de exercer o poder de controle de constitucionalidade das leis.

45. O Tribunal Constitucional foi criado pela Revisão Constitucional de 1982, em substituição da Comissão Constitucional instituída pela Constituição portuguesa de 1976 como órgão de controle.

Este modelo expandiu-se, outrossim, para países do leste Europeu, como a Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Romênia (1992) e Eslovênia (1993).

Alguns países Africanos também o adotaram, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).

Muito se discutiu a respeito das razões que levaram estes países a adotar um sistema concentrado de jurisdição constitucional distinto do singelo sistema difuso do direito norte-americano. Cappelletti⁴⁶ esclarece que isto está vinculado ao fato de que a introdução do modelo de controle difuso nos sistemas de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, aos quais pertencem os países acima apontados, onde inexistente o princípio do *stare decisis*, que é típico dos sistemas da *common law*, levaria à indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, porque julgada inconstitucional e, inversamente, aplicada por outros que a reputassem constitucional, causando uma grave situação de conflito entre os órgãos judiciais e de incerteza no direito, em detrimento dos indivíduos, da coletividade em geral e do próprio Estado. Além desse inconveniente, já suficiente *per se stante* para justificar a não adoção do modelo americano nos países da *civil law*, há ainda um outro, não menos grave. Consiste ele no fato de que o sistema difuso, nos países destituídos do princípio do *stare decisis*, pode propiciar uma multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo, submetendo a mesma lei a um novo julgamento.

Esses inconvenientes foram evitados nos Estados Unidos e nos demais países vinculados ao sistema da *common law*, em razão do princípio do *stare decisis*, por força do qual todos os órgãos judiciais ficam vinculados às decisões da Suprema Corte. Essa “força dos precedentes” que caracteriza o princípio em comento opera de modo tal que a declaração de inconstitucionalidade da lei acaba assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes*, a despeito de a decisão ter sido prolatada num caso concreto.

Se assim é, os países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio em referência tinham que se submeter a um sistema de controle que operasse com instrumentos jurídicos capazes de prevenir aqueles inconvenientes. Vislumbrou-se, nestes países, a criação de um Tribunal ao qual se pudesse confiar a função de decidir as questões de constitucionalidade das leis com

46. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 76 e ss. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 87-88.

eficácia *erga omnes*, de tal modo a afastar aquelas indesejadas consequências mencionadas acima, relativas à possibilidade de conflito entre os órgãos judiciários e de incerteza no direito. Nesse contexto, brilhou a luz de Kelsen ao propor ao governo austríaco a criação de um *Tribunal Constitucional*, o que, de fato, ocorreu com a instituição do *Verfassungsgerichtshof* pela Constituição de 1920. A mesma providência foi adotada pelos países acima indicados e que seguiram a orientação do mestre de Viena. Tal solução, portanto, determinou o nascimento do controle “concentrado” de constitucionalidade das leis, com a atribuição da jurisdição constitucional a um único órgão judiciário, com a exclusão dos demais, de tal sorte que estes não podem aferir a legitimidade constitucional de nenhuma lei, mesmo nos casos que lhes são submetidos a julgamento.

É preciso, no entanto, ressaltar que o sistema proposto por Kelsen configura-se como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, senão, como explicita o próprio jurista de Viena, de “legislação negativa”.⁴⁷ Com efeito, na visão kelseniana o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas examina tão-só o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição. Daí haver Kelsen assegurado que não há nesse juízo puramente lógico uma aplicação ou não aplicação da lei a um caso concreto, de modo que não se estaria, em consequência, diante de uma verdadeira atividade judicial, que supõe sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido. Se assim o é, diz Kelsen, o Tribunal Constitucional é um legislador, só que um legislador negativo. Ambos os órgãos – o fiscalizado e o fiscalizador – são legislativos, só que o Tribunal Constitucional tem organização jurisdicional. Em decorrência disso, Kelsen sustenta que, enquanto uma lei não for declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ela presume-se válida, circunstância que veda aos juízes e tribunais ordinários deixar de aplicá-las. Desse modo, não haverá, no sistema proposto por Kelsen, um vício de nulidade como ocorre no sistema difuso, mas, sim, de mera anulabilidade, o que implica em emprestar às decisões da Corte Constitucional uma natureza meramente constitutiva, com eficácia *ex nunc*, isto é, somente para o futuro.⁴⁸ Com isso, pretendeu Kelsen evitar a consagração de um “governo dos juízes”, cujos riscos são de proporções imprevisíveis, sobretudo na Europa, na ocasião em que o jusfilósofo construía sua teoria, onde a comunidade em

47. Nesse sentido anota J. J. Gomes Canotilho que, consoante a formulação kelseniana de jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade não é propriamente uma atividade de fiscalização judicial, mas uma *função constitucional autônoma*, que se pode caracterizar como função de *legislação negativa* (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 833-834).

48. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 300-308.

geral (através de movimentos conhecidos como “escola livre do direito”, “livre jurisprudência”, “comunidade do povo”, etc.) pretendia liberar, em certa medida, os juízes da observância fria e mecânica da lei.⁴⁹

Já de referência ao aspecto *modal*, isto é, ao modo ou a forma como as questões de constitucionalidade das leis podem ser suscitadas ou argüidas perante os juízes ou tribunais competentes, cumpre-nos observar que no sistema austríaco o controle de constitucionalidade se exerce *em via principal*, distinguindo-se, também nesse particular, do sistema americano, cujo controle se dá, como visto, *em via incidental*.

Com efeito, na sua versão originária (1920), o sistema austríaco peculiarizava-se pelo fato de que a declaração de inconstitucionalidade dependia exclusivamente de *um pedido especial* (*Antrag*), deduzido através de *uma ação especial*, que só podia ser proposta por alguns órgãos políticos legitimados, quais sejam, o Governo Federal (*Bundesregierung*), tratando-se de pedir o controle de constitucionalidade das leis dos *Länder* (*Landesgesetze*), e os Governos dos *Länder* (*Landesregierungen*) cuidando-se de controle das leis federais e, ademais, desde a revisão constitucional de 1975, a um terço dos membros do Parlamento⁵⁰, isto *independentemente de qualquer controvérsia ou vinculação com casos ou situações concretas*. Desse modo, a jurisdição constitucional na Áustria só podia ser provocada mediante a proposição de uma ação especial diretamente no Tribunal Constitucional⁵¹. Diz-se, nesse caso, que o controle se verifica em sede principal, por meio de ação direta. Aos juízes e tribunais ordinários era vedado o controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que não podiam nem deixar de aplicar as

49. ENTERRÍA, Eduardo García de. op. cit., p. 57-58 e 131-132. Segundo o autor espanhol, ao se conferir ao Tribunal Constitucional a atribuição de declarar, *ex nunc* e *erga omnes*, a inconstitucionalidade de uma lei, está-se assegurando a supremacia da Constituição sobre o Parlamento. Contudo, ao vedar a este Tribunal o julgamento de fatos e casos concretos e limitando a sua atuação ao só exame da compatibilidade lógica entre duas normas igualmente abstratas (a Constituição e a lei), evita-se que o Tribunal realize apreciações apaixonadas acerca da valoração de fatos e interesses, que são muito freqüentes nas decisões dos casos concretos, substituindo-se o Tribunal, nestes casos, com o seu juízo, ao juízo político que só ao Parlamento pertence. Por este raciocínio, o Tribunal Constitucional, em lugar de competir com o Parlamento, acaba por ser o seu complemento lógico.

50. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, T. I, p. 307.

51. Originariamente, o Tribunal Constitucional austríaco ainda podia exercer a jurisdição constitucional em sede de recursos diretos de constitucionalidade (*Individualbeschwerde*), interpostos por cidadãos cujos direitos fundamentais fossem diretamente violados por atos da administração. Segundo José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, p. 248, no sistema constitucional austríaco “*Él único recurso existente se dirige sólo contra actos administrativos que hayan violado 'derechos garantizados constitucionalmente'*”. Porém, como esclarece Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, T. I, p. 308, a revisão constitucional de 1975 alargou o objeto deste recurso individual de constitucionalidade que, deixando de se restringir apenas aos atos administrativos, passou a abranger leis e regulamentos imediatamente lesivos de direitos.

leis que reputassem inconstitucionais, nem pedir ao Tribunal Constitucional que fizesse ele próprio o controle que lhes era vedado⁵².

Contudo, tal situação se modificou parcialmente com o advento da revisão constitucional de 1929. Em virtude das alterações traçadas pela Emenda de 1929, foi ampliado o rol de legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional. Assim, além dos órgãos políticos já legitimados (o Governo Federal e os Governos dos Länder), a reforma alterou o art. 140 da Constituição austríaca, para conferir legitimidade a dois outros órgãos, só que integrantes da justiça ordinária, quais sejam: o *Oberster Gerichtshof* (a Corte Suprema para as causas cíveis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (a Corte Suprema para as causas administrativas). A única diferença entre a legitimidade destes órgãos judiciários e daqueles órgãos políticos reside na circunstância de que, enquanto estes podem provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional pela *via principal*, ou seja, por meio de ação direta, aqueles órgãos judiciários ordinários só podem fazê-lo mediante a *via incidental*, isto é, em sede de uma controvérsia ou de uma ação comum (cível, penal ou administrativa) em curso perante eles mesmos, e para cuja solução seja necessária e relevante a apreciação da constitucionalidade de uma lei. Em face dessa nova estrutura, podemos afirmar que o controle "concentrado" de constitucionalidade na Áustria, até hoje em vigor, abrange as seguintes formas: (a) a *principal*, provocada por via de ação e (b) a *incidental*, provocada por via de exceção ou defesa. Tal circunstância vem a corrigir, embora não completamente como esclareceremos mais adiante, um defeito do sistema originário que previa, exclusivamente, a primeira forma.

A primeira via (a) foi franqueada aos órgãos políticos para a defesa de suas competências constitucionais – uma vez que cabe ao Governo Federal o controle das leis dos Länder e aos Governos dos Länder o controle das leis federais –, no intuito de evitar invasões recíprocas de competência. A segunda via (b) foi estendida pela reforma constitucional de 1929 àqueles órgãos judiciários ordinários – ao *Oberster Gerichtshof* e ao *Verwaltungsgerichtshof* – que devem provocar a instauração do processo de controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional austríaco, sempre que necessário ao julgamento de uma demanda concreta em curso perante eles mesmos, e para a decisão da qual seja necessária e relevante a apreciação de uma lei, cuja constitucionalidade foi posta em dúvida. Como acentua Cappelletti⁵³, esses órgãos judiciários, mesmo não podendo realizar o controle de constitucionalidade das leis, têm o *dever* de *requerer* à Corte Constitucional que

exerça este controle, limitado, porém, às leis aplicáveis ao caso concreto submetido a seu julgamento.

Não obstante ter estendido a legitimidade para provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional àqueles órgãos de cúpula da justiça ordinária, de modo a permitir que tais órgãos suscitassem, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade das leis aplicáveis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, a reforma constitucional de 1929 não logrou evitar integralmente o defeito adveniente do sistema de 1920, qual seja: os juízes de outras instâncias da justiça ordinária continuaram não podendo instaurar a jurisdição concentrada do Tribunal Constitucional, de maneira que permaneceram passivamente constrangidos, por absurdo, a aplicar uma lei flagrantemente inconstitucional aos casos concretos postos a seu julgamento.

As Constituições da Itália (1948) e da Alemanha (1949), apesar de terem adotado o sistema austríaco de controle concentrado de constitucionalidade das leis, cuidaram de aperfeiçoar o sistema, abolindo terminantemente aquele defeito que remanesce na Constituição da Áustria mesmo após a reforma de 1929, como foi visto acima. De feito, embora nesses países o controle de constitucionalidade também só possa ser exercido por suas respectivas Cortes Constitucionais, a impedir, assim como ocorre na Áustria, que os juízes e os tribunais ordinários o exerçam, em um ponto se distinguem do sistema adotado na Áustria. Na Itália e na Alemanha *todos os juízes e tribunais ordinários, independentemente do grau de jurisdição, podem* (e mais do que isso, devem!) *suscitar junto ao Tribunal Constitucional o controle de constitucionalidade das leis questionadas nos casos concretos que perante eles tramitam*⁵⁴. Assim, todos os juízes comuns, mesmo os de instância inferior, à vista de uma lei que eles reputem inconstitucional, ao invés de serem passivamente constrangidos a aplicá-la no caso concreto submetido a seu julgamento, podem e devem submeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, a fim de que este decida a respeito. Enquanto não houver o pronunciamento do Tribunal Constitucional, o julgamento do caso concreto fica suspenso, pois a decisão da Corte tem caráter prejudicial.

Na Itália e na Alemanha, ademais da legitimidade conferida a todos os juízes e tribunais para provocarem, incidentalmente, a jurisdição concentrada do Tribunal Constitucional – o que se verifica, insista-se, por ocasião

54. Op. cit., p. 109. Cappelletti vê, quanto ao aspecto "modal" ou forma de suscitar o exercício da jurisdição constitucional, uma aproximação entre os sistemas italiano e alemão e o sistema americano da *judicial review*, porque, embora nem todos os juízes italianos e alemães possam exercer a jurisdição constitucional, todos, porém, são, pelo menos, legitimados a requerer tal controle ao Tribunal Constitucional, por ocasião das demandas que eles estejam obrigados a julgar (p. 110).

52. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 105.

53. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial...*, op. cit., p. 107.

dos casos concretos que eles estejam obrigados a julgar – as Constituições desses países atribuíram a legitimidade a outros órgãos, porém não judiciários, para instaurar diretamente, ou seja, pela “via principal” ou “por ação direta”, a jurisdição do Tribunal Constitucional. Na Itália, tal legitimidade foi concedida aos órgãos do Governo das Regiões, tratando-se de leis nacionais ou regionais, e ao Governo Central, no caso de inconstitucionalidade de leis regionais. Na Alemanha, essa legitimidade foi deferida a inúmeros órgãos e pessoas: ao Governo Federal, aos Governos dos *Länder*, a um terço dos membros do *Bundestag* e até mesmo às pessoas individualmente consideradas, se a lei causar uma violação imediata e atual de um seu direito fundamental⁵⁵.

Finalmente, de referência ao aspecto *funcional*, vale dizer, respeitante aos efeitos que a decisão produz, seja em relação à lei submetida ao controle de constitucionalidade, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada, o sistema “austriaco” de controle concentrado distingue-se significativamente do sistema “americano” de controle difuso porque, enquanto neste os efeitos da decisão operam retroativamente (*ex tunc*) e geram a nulidade absoluta da lei, naquele os efeitos da decisão perfazem-se *ex nunc* (efeitos prospectivos) e causam apenas a anulabilidade da lei.

Isso tem um significado especial na Áustria, pois antes do pronunciamento do *Verfassungsgerichtshof*, que declara a inconstitucionalidade de uma lei, esta é *válida e eficaz*, dada a natureza não retroativa daquele pronunciamento. Ademais disso, o art. 140, seção 3º, da Constituição austríaca ainda conferiu ao Tribunal Constitucional o *poder discricionário* de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação de sua decisão, desde que este *diferimento* da eficácia constitutiva da decisão não seja superior a um ano.⁵⁶ A decisão do *Verfassungsgerichtshof* austríaco assume, pois, uma natureza constitutiva de invalidação da lei, de maneira tal que ela opera *ex nunc* ou *pro futuro*, não se cogitando de retroatividade da anulação.

Essa situação, porém, foi atenuada com a reforma constitucional de 1929. Consoante foi visto acima, essa reforma acrescentou um modo peculiar para a instauração da jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional, mediante a atribuição de legitimidade a dois órgãos de cúpula da justiça ordinária – o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof* – limitada, porém, a provocar junto à Corte Constitucional o controle

55. Op. cit., p. 110.

56. Op. cit., p. 116.

de constitucionalidade das leis questionadas nos casos concretos em curso perante aqueles órgãos. Ou seja, incidentalmente aos processos concretos que perante eles tramitam, os supra aludidos órgãos judiciários assumiram o *encargo* de *requerer* junto ao Tribunal Constitucional o exame da constitucionalidade das leis questionadas junto àquelas demandas e cuja aplicação ou não aplicação seja condição necessária para o desate das mesmas. Em decorrência dessa circunstância, visando a *conciliar* os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional com as situações ou fatos concretos discutidos nas ações comuns em tramitação naqueles órgãos judiciários ordinários, e em virtude dos quais se instaurou o incidente de constitucionalidade junto à Corte Constitucional, a reforma de 1929 admitiu que a lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, nessas circunstâncias, não seja aplicada também em relação aos fatos ocorridos antes da decisão, operando com efeitos *ex tunc* nos casos concretos.

Em razão de a declaração de inconstitucionalidade, no sistema “austriaco”, ser proferida por uma Corte Constitucional, em sede de controle concentrado, a decisão ainda gera um efeito típico desse sistema: ela é *erga omnes*, isto é, tem eficácia geral (*Allgemeinwirkung*). É como se a lei declarada inconstitucional fosse ab-rogada por uma lei posterior. É interessante ressaltar que, segundo prevê o art. 140, seção 4ª, da Constituição austríaca, a decisão da Corte, de efeitos *ex nunc*, *constitutivos*, de *anulabilidade* e *genéricos*, ainda produz *efeitos repristinatórios*, isto é, enseja o restabelecimento da lei que foi revogada pela lei declarada inconstitucional, salvo se em sentido contrário dispuser o Tribunal Constitucional.

Entretanto, se na Áustria a decisão que declara a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, produzindo tão-só a anulabilidade da lei e operando efeitos *ex nunc* (exceto nas hipóteses de controle incidental concentrado provocado pelos *Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof*), solução diversa foi encontrada na Itália e na Alemanha. Deveras, nestes países, a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória, causando a absoluta nulidade da lei e perfazendo efeitos *ex tunc*, no que, nesse particular, se aproxima do sistema “americano”.

Finalizando, cumpre deixar registrado que o sistema “austriaco” de controle concentrado de constitucionalidade das leis – que poderíamos denominar, na esteira de Cappelletti⁵⁷, de controle “europeu”, porque já é prevalente na Europa – é mais completo que o sistema “americano”, uma vez que logra abranger as formas *principal* (por via da ação direta, independentemente de

57. O Controle Judicial..., op. cit., p. 112.

caso concreto) e *incidental* (por via de exceção, vinculado a um caso concreto) de instauração da jurisdição constitucional dos Tribunais Constitucionais, de modo tal que dificilmente possam surgir as chamadas “leis intocáveis”, que são aquelas insuscetíveis de qualquer controle, circunstância pela qual o sistema “austríaco” repara um defeito do sistema “americano”.

Do exame das matrizes históricas e da evolução da jurisdição constitucional, fica evidente o importante papel que o controle de constitucionalidade tem desempenhado para a defesa da Constituição. Resta investigar, em seguida, como o Direito brasileiro reagiu a essa evolução.

Antes, porém, cumpre tecer algumas considerações acerca do controle de constitucionalidade na França, notadamente em face das recentes alterações pelas quais o tema passou naquele País.

3.3. O sistema francês de controle de constitucionalidade e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008

Neste tópico pretende-se abordar o sistema de controle de constitucionalidade na França, em razão de sua singularidade, especialmente após a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o art. 61-1 na vigente Constituição Francesa de 04 de outubro de 1958, alterando, marcadamente, o modelo francês de fiscalização da constitucionalidade das leis.

Como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, o controle de constitucionalidade na França, tal como definido na versão originária da Constituição Francesa de 1958, caracterizava-se por sua natureza exclusivamente *preventiva*. Ademais, seguindo uma tradição histórica e ideológica, o controle francês era, e ainda é, um controle político, ou não-judicial, na medida em que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a um órgão de caráter essencialmente político, instituído pela Carta Magna francesa em vigor: o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).

O controle era *preventivo* em razão de incidir *apenas* sobre as leis ainda não promulgadas e cuja entrada em vigor dependia do reconhecimento de sua compatibilidade com o texto constitucional.

Sucedee que, em face da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, permitiu-se ao Conselho Constitucional realizar um controle *repressivo* de constitucionalidade, sempre que a ele for submetido, dentro de certas condições, o exame de uma *questão prioritária de constitucionalidade* (QPC), em face da qual o órgão político francês fiscaliza a constitucionalidade de leis em vigor, cuja desconformidade com a Constituição foi suscitada por qualquer das partes em processo judicial ou administrativo.

Desse modo, a reforma constitucional em tela adotou um controle *repressivo* ao lado do já existente controle *preventivo*, para possibilitar ao Conselho Constitucional fiscalizar as leis tanto *antes* de sua entrada em vigor como *depois* de sua entrada em vigor (neste último caso, quando a lei não sofreu o controle preventivo).

Tais alterações serão, a seguir, melhor esclarecidas.

3.3.1. O Controle de Constitucionalidade na França, a Constituição de 04 de outubro de 1958 e o Conselho Constitucional

Diversas foram as razões que levaram os franceses a rejeitar um controle judicial de constitucionalidade. Limitemo-nos a apontar as razões históricas e ideológicas.

Em face das razões *históricas*, a recusa a um controle judicial deveu-se às abusivas e arbitrárias interferências que os juízes franceses, antes da revolução, impunham à esfera dos outros poderes, com conseqüências graves e desastrosas às liberdades individuais.

Já por razões *ideológicas*, que estão, de certa forma, relacionadas com as primeiras, a negação de um controle judicial sempre esteve vinculada à doutrina da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rígida, era contrária a intervenção dos juízes na esfera do poder legislativo.

Assim, forte nestas circunstâncias – históricas e ideológicas – a situação que prevaleceu, naturalmente, na França, foi a adoção de um controle de constitucionalidade realizado por órgão não judicial, de caráter essencialmente político⁵⁸.

Em que pese SIEYÈS ter sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um “jury constitutionnaire”, a concepção rousseauiano-jacobina da lei como expressão da “vontade geral” manteve-se sempre fiel ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam *politicamente* controlar. Isto aconteceu com a Constituição do ano VIII (13 de dezembro de 1799), que atribuiu o controle ao *Sénat Conservateur*; também ocorreu com a Constituição de 1852, que confiou o controle ao *Sénat* e, de certo modo, com a Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que concedeu o controle ao Comitê Constitucional⁵⁹.

58. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, pp. 94-99.

59. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 832. Conforme também CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, pp. 94-99.

Assim, na França, desde o abade SIEYÈS, o sistema de controle de constitucionalidade, quando previsto, era atribuído a órgãos de natureza política. Atualmente, prevê a vigente Constituição da França, de 04 de outubro de 1958, um órgão político – o *Conseil Constitutionnel* – como o único competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país.

Devido a importância do Conselho Constitucional para o controle de constitucionalidade na França, apresentaremos, a seguir, algumas considerações em torno deste órgão político.

3.3.1.1. Composição do Conselho Constitucional

O Conselho Constitucional foi instituído pela Constituição da V República, de 04 de outubro de 1958. Não se trata de tribunal, nem se situa na organização e estrutura dos tribunais judiciais e administrativos. Não se confunde com o *Conseil d'Etat* nem com a *Cour de Cassation*, que são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial.

É uma inovação na história constitucional da República Francesa, competindo-lhe garantir o respeito à Constituição e, em especial, aos direitos e liberdades assegurados constitucionalmente.

O Conselho Constitucional compõe-se de *nove membros*, nomeados para um mandato de *nove anos*, não permitida a recondução. O Conselho Constitucional é renovado de três em três anos, na sua terça parte. Três membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além destes nove membros, também compõem o Conselho Constitucional, os ex-Presidentes da República, como membros *vitalícios de pleno direito*.

O Presidente do Conselho Constitucional será nomeado pelo Presidente da República, entre os seus membros. Terá voto de qualidade (minerva) em caso de empate.

Os Conselheiros nomeados prestam juramento perante o Presidente da República.

Não há condição, nem de idade nem de profissão, para ser membro do Conselho Constitucional. A função de conselheiro é incompatível com a de membro de governo ou do Conselho Econômico e Social, e também com qualquer mandato eleitoral. Além disso, os membros estão sujeitos às mesmas incompatibilidades profissionais dos parlamentares. Durante suas funções, os membros do Conselho não podem ser nomeados para um outro cargo público e não podem receber promoções se são servidores.

Os membros do Conselho Constitucional podem decidir deixar as suas funções. Eles também podem ser afastados das suas funções de ofício em caso de incompatibilidade ou de invalidez permanente reconhecido pelo Conselho Constitucional.

Atualmente, são membros do Conselho Constitucional:

- **Jean-Louis DEBRÉ**, nomeado Presidente do Conselho pelo Presidente da República, em fevereiro de 2007.
- **Valéry GISCARD D'ESTAING**, membro de pleno direito (ex-Presidente da República).
- **Jacques CHIRAC**, membro de pleno direito (ex-Presidente da República).
- **Pierre STEINMETZ**, nomeado pelo Presidente da República em fevereiro de 2004.
- **Jacqueline de GUILLENCHMIDT**, nomeada pelo Presidente do Senado em fevereiro de 2004.
- **Renaud DENOIX de SAINT MARC**, nomeado pelo Presidente do Senado em fevereiro de 2007.
- **Guy CANIVET**, nomeado pelo Presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados franceses) em fevereiro de 2007.
- **Michel CHARASSE**, nomeado pelo Presidente da República em fevereiro de 2010.
- **Hubert HAENEL**, nomeado pelo Presidente do Senado em fevereiro de 2010.
- **Jacques BARROT**, nomeado pelo Presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados franceses) em fevereiro de 2010.
- **Claire BAZY-MALAUURIE**, nomeada pelo Presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados franceses) em setembro de 2010.

3.3.1.2. Competência do Conselho Constitucional

A competência do Conselho Constitucional abrange o controle de constitucionalidade das leis e a garantia da regularidade das eleições do Presidente da República, cabendo-lhe examinar as reclamações e proclamar os resultados da eleição. Também lhe compete decidir, em caso de impugnação, sobre a regularidade das eleições dos deputados e senadores.

Interessa-nos aqui a competência para o controle de constitucionalidade das leis.

3.3.2. O Controle Preventivo de Constitucionalidade na França

A Constituição Francesa de 1958 atribuiu ao Conselho Constitucional, na sua versão primária, o controle exclusivamente *preventivo* de constitucionalidade das leis. Isto significava que, uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição. Assim, após a promulgação do ato legislativo, não havia mais espaço para o controle da constitucionalidade no Direito francês.

Todavia, por força da reforma constitucional de 23 de julho de 2008 possibilitou-se um controle *repressivo* de constitucionalidade das leis, em face do exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC), com a qual se impugna uma lei já promulgada e em vigor, como será explicado ao diante.

Mas o controle preventivo continua e ainda se mostra extremamente útil e eficaz, razão porque algumas palavras serão ditas ao seu respeito.

O controle preventivo de constitucionalidade, por consistir numa atividade de fiscalização de leis aprovadas pelo parlamento, mas ainda não promulgadas, insere-se no próprio processo legislativo, apresentando-se como uma fase ou *iter* do processo de formação das leis na França⁶⁰. Ele envolve um controle **obrigatório** e um controle **facultativo**.

O controle preventivo é **obrigatório** quando se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das Casas do Parlamento. Nesse caso, o Conselho Constitucional, independentemente de qualquer provocação, *deve* sempre se pronunciar, para fiscalizar, antes da promulgação da lei orgânica e antes da entrada em vigor dos regulamentos das Casas do Parlamento, a conformidade dessas leis e regulamentos com a Constituição.

Relativamente às demais leis ou aos compromissos internacionais, o controle preventivo é **facultativo**. Já nesse caso, o Conselho Constitucional somente realizará o controle de constitucionalidade *se provocado* por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembléia Nacional (Câmara dos Deputados) ou do Presidente Senado, ou por iniciativa de 60 deputados ou 60 senadores.

Tanto no controle obrigatório como no facultativo (este no caso de provocação), o Conselho Constitucional deve se pronunciar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, e se houver urgência, esse prazo é reduzido para oito dias. Neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa.

Não será promulgada nem entrará em vigor a lei declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional.

3.3.3. O Controle Repressivo de Constitucionalidade na França e a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC)

A reforma constitucional de 23 de julho de 2008 ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o controle *repressivo* de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC)⁶¹.

Com efeito, a questão prioritária da constitucionalidade (QPC) foi instituída pela reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o *artigo 61-1* na Constituição Francesa de 1958, para permitir, ao lado do controle preventivo de constitucionalidade, um controle repressivo de constitucionalidade de lei aprovada e em vigor, que viole os direitos e as liberdades constitucionais.

Antes da reforma não era possível impugnar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Todavia, após a reforma, qualquer pessoa, na condição de parte em um processo judicial ou administrativo, pode alegar, no processo em que figura, que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Neste caso, a questão será submetida, por encaminhamento do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, ao Conselho Constitucional, que deve decidi-la no prazo especificado⁶².

61. Sobre o tema, conferir a recente doutrina francesa: ROUSSEAU Dominique, *La question prioritaire de constitutionnalité*. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p.. FRANCOIS Bastien. *Article 61-1*. La Constitution Sarkozy, Ed. Odile Jacob, février 2009, p. 144-146. BERNAUD Valérie, *Article 61-1*. G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot, La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467. BADINTER Robert. L'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, décembre 2008, p. 39-49. STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003. Marc GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf.

62. Eis a redação do dispositivo: ARTICLE 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

60. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 29.

A “questão prioritária de constitucionalidade” é um incidente que qualquer pessoa que seja parte em um processo (judicial ou administrativo) pode suscitar, para afirmar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Preenchidas as condições de admissibilidade da questão, o Conselho Constitucional, a cujo exame se submeterá a referida questão, mediante remessa do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, deverá pronunciar-se e, se necessário, revogar a disposição legislativa.

Embora realizada em 23 de julho de 2008, a reforma somente entrou em vigor em 01 de março de 2010, em razão de sua regulamentação pela Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que disciplinou a aplicação do novo art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958. Será aplicada aos processos já existentes e em curso. No entanto, só serão aceitas as questões prioritárias de constitucionalidade apresentadas a partir de 01 de março de 2010, e se arguidas em petição separada, por escrito e fundamentada.

Podem ser objeto da arguição de inconstitucionalidade as *disposições legislativas aprovadas pelo Parlamento* (leis, leis orgânicas ou portarias ratificadas pelo Parlamento). As disposições não ratificadas pelo Parlamento, os decretos, despachos ou decisões individuais não podem ser objeto de uma questão prioritária de constitucionalidade (estes são atos administrativos cujo controle depende da competência dos tribunais administrativos).

Constituem parâmetro da arguição os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, contemplados (1) no texto da Constituição de 04 de outubro de 1958 e (2) nos textos aos quais se refere o preâmbulo da Constituição de 04 de outubro de 1958, a saber: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789; o Preâmbulo da Constituição de 1946; os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República (que se referem o preâmbulo da Constituição de 1946); e a Carta do meio ambiente de 2004⁶³.

A lei orgânica nº 2009-1523, de 10 de Dezembro de 2009, atribuiu à questão de constitucionalidade um caráter de “prioridade”. Isso significa que, quando apresentada a um tribunal, a questão deve ser considerada e examinada imediatamente e sem demora, ostentando uma verdadeira pre-judicialidade em relação a outras questões.

63. Convém lembrar que há países, como a França e a Alemanha, que têm como parâmetro não só a Constituição formal, mas também outros textos ou disposições referidas na própria Constituição formal ou derivadas de um direito supralegal reconhecido pelo Tribunal Constitucional, situação em que o parâmetro assume natureza de verdadeiro **bloco de constitucionalidade**.

A questão prioritária de constitucionalidade pode ser levantada durante qualquer processo perante uma jurisdição administrativa (no âmbito do Conselho de Estado) ou judicial (no âmbito do Tribunal de Cassação). A questão pode ser agitada em primeira instância, em sede de apelação ou de cassação. Jamais, porém, diretamente no Conselho Constitucional. O tribunal que conhecer da questão procederá imediatamente a um primeiro exame, para aferir se a questão prioritária é admissível e se cumpre os critérios estabelecidos pela lei orgânica. Se estas condições forem cumpridas, o tribunal encaminhará a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado (órgão de cúpula da jurisdição administrativa) ou ao Tribunal de Cassação (órgão de cúpula da jurisdição judicial), conforme se trate, respectivamente, de jurisdição administrativa ou judicial. O Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação procederá a um exame mais aprofundado da questão prioritária de constitucionalidade e decidirá se a remete ou não ao Conselho Constitucional.

Todavia, é relevante ressaltar que a jurisdição administrativa ou judicial não é livre para admitir a questão prioritária de constitucionalidade. A Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que disciplinou a aplicação do novo art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958, estabeleceu os critérios para submeter a questão prioritária de constitucionalidade ao exame do Conselho Constitucional. Os critérios são os seguintes:

- A disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou processo ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes;
- A disposição legislativa arguida como inconstitucional não foi declarada anteriormente em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional;
- A questão é nova ou é de natureza grave.

A decisão do tribunal de primeira instância ou do tribunal de apelação que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação é recorrível (recurso de apelação ou de cassação), desde que o recurso seja interposto contra a decisão proferida sobre o mérito pelo tribunal perante o qual se levantou a questão.

Contudo, a decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho Constitucional não será suscetível de recurso.

Submetida a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho Constitucional e declarada que a disposição legal impugnada é compatível

com a Constituição, esta disposição tem a sua validade confirmada e permanece no sistema jurídico.

Se, do contrário, o Conselho Constitucional declara que a disposição legal impugnada é incompatível com a Constituição, a decisão do Conselho Constitucional tem como efeito a *revogação* desta disposição⁶⁴. Ela desaparecerá definitivamente do sistema jurídico francês, a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou uma data posterior especificada na referida decisão.

Não cabe recurso contra as decisões do Conselho Constitucional, que são obrigatórias para os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e judiciais.

3.3.4. Considerações finais

Enfim, ficou claro que a reforma constitucional de 23 de Julho de 2008, que modificou a Constituição Francesa de 04 de outubro de 1958, alterou significativamente o modelo francês de controle de constitucionalidade, para permitir, ao lado de uma fiscalização preventiva já existente, um controle repressivo da constitucionalidade das leis.

Logrou inserir na Constituição francesa de 1958 um procedimento por meio do qual qualquer pessoa, figurando como parte em qualquer processo judicial ou administrativo, pode se opor à constitucionalidade das leis em vigor, desde que estas disposições legislativas não tenham sido declaradas constitucionais em fiscalização preventiva.

Por este procedimento, qualquer parte em processo administrativo ou judicial, pode suscitar a inconstitucionalidade de uma lei em vigor, através de uma questão prioritária de constitucionalidade, que será admitida pelo tribunal (administrativo ou judicial), desde que atendidos certos critérios, e remetida para o Conselho de Estado ou Tribunal de Cassação, conforme se trate, respectivamente, de matéria de competência da jurisdição administrativa ou judicial, para definitivo encaminhamento ao Conselho Constitucional, ao qual compete, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei impugnada.

Não há dúvida que a reforma em tela assegurou qualquer pessoa do direito de defender as suas prerrogativas e liberdades constitucionais. Porém,

64. Em conformidade com o art. 62 da Constituição Francesa, a disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 será revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou uma data posterior especificada na referida decisão. O Conselho Constitucional fixará as condições e os limites em que os efeitos produzidos pela disposição podem ser questionados.

é certo também que a aludida reforma, ao permitir outra forma de impugnação às leis incompatíveis com a Constituição, buscou melhor garantir a supremacia da Constituição francesa e afastar do sistema jurídico as disposições legislativas inconstitucionais que passam ao largo do controle preventivo de constitucionalidade. Cumpre lembrar que o controle preventivo de constitucionalidade pode ser obrigatório (se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das Casas do Parlamento) ou facultativo (demais leis). Quando obrigatório, o Conselho Constitucional sempre deve se manifestar; porém, se facultativo, o Conselho somente se pronuncia se provocado. E é exatamente no controle facultativo que inúmeras leis podem passar ao largo de uma fiscalização de constitucionalidade, comprometendo a higidez do sistema constitucional.

Desse modo, percebe-se, de forma evidente, o avanço que a introdução do controle repressivo de constitucionalidade trouxe para o direito constitucional francês.

3.4. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

3.4.1. A Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 não adotou nenhum sistema de controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público. Isso se deveu, certamente, à decisiva influência que o direito brasileiro sofreu da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes. Dita influência resultava cristalina da redação do art. 15, incisos VIII e IX da Carta Imperial, que assegurou ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem assim de “velar na guarda da Constituição”. Tal disposição cuidou de assegurar o dogma da supremacia do Parlamento.⁶⁵

65. Comentando a Constituição do Império, Pimenta Bueno assegurava que só “o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o juríconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição

Para além disso, a Constituição do Império atribuiu ao Imperador um Poder Moderador, concebido como a “chave de toda a organização política”, para “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos” (art. 98), que praticamente inviabilizava o exercício de qualquer controle da constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, além do que, nos termos daquela Constituição, cabia ao Imperador, no exercício pessoal do Poder Moderador, resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Assim, em face dessa “suprema inspeção” exercida pelo Imperador sobre os três poderes, é certo que não haveria clima político e jurídico de se confiar ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Ante a arquitetônica constitucional, esse controle, se previsto, só poderia caber, evidentemente, ao Poder Moderador.⁶⁶

3.4.2. A Constituição de 1891

Por influência da doutrina da *judicial review* norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 previu o controle judicial da constitucionalidade das leis. Aliás, esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº 510, art. 58, § 1º, alínea *b*) e no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *c*). Reproduzindo esses dispositivos, a Constituição de 1891 facultou recurso para o Supremo Tribunal Federal, “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, alínea *a*).

A propósito da dúvida que acometeu, no início, ao próprio Poder Judiciário quanto à existência de sua competência para o controle de constitucionalidade, Ruy Barbosa foi esclarecedor ao defender a intenção explícita da Constituição em assegurar a todos os juízes e tribunais, nos mesmos moldes do sistema “americano” de controle de constitucionalidade, a competência para discutir a constitucionalidade das leis. Assim desvendou Ruy:

“A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão

obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p. 69).

66. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 28.

do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desapplicá-las, segundo esse critério”.⁶⁷

Tal situação ficou ainda mais esclarecida em face do advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, ao dispor que os “juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (art. 13, § 10). Mas foi com a reforma constitucional de 1926 que o controle de constitucionalidade tornou-se, entre nós, indubitado e explícito. Com efeito, já com a reforma de 1926, a Constituição de 1891 expressou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos, sempre que se questionasse “sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição” e a decisão do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60, § 1º, alínea *a*).

Em suma, no Brasil, somente a partir da Constituição de 1891 é que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, porém sob o influxo do modelo “americano” da fiscalização *difusa, incidental* (por via de exceção ou de defesa) e *sucessiva* da constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente. No entanto, sem embargo desse grande avanço, o sistema, como originalmente moldado, apresentava deficiências, pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância que propiciava um estado de incerteza no direito e uma plethora de demandas judiciais, que congestionavam as vias judiciais ordinárias, já que as decisões sobre a constitucionalidade das leis proferidas pelos juízes e tribunais operavam efeitos somente *inter partes*. Tal situação agravava-se em face de inexistir, no Estado brasileiro, tradicionalmente vinculado ao sistema da *civil law* de derivação romano-germânica, o princípio do *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, como já tivemos a oportunidade de registrar acima (item 2).

Essa deficiência foi atenuada, decerto, pela Constituição de 1934, em razão da atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, em

67. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires, op. cit. v. VI, p. 133.

caráter geral, a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4.3. A Constituição de 1934

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 manteve o controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público (art. 76, III, *b* e *c*), introduzindo no sistema, contudo, relevantes inovações, “de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do *método concentrado*, sem, no entanto, aproximar-se do europeu”.⁶⁸

Assim é que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros (art. 179); caberia ao Senado, quando comunicado pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário⁶⁹ (art. 91, IV e art. 96), *corrigindo*, em parte, aquela deficiência, à qual já nos reportamos, do sistema difuso-incidental herdado pela Constituição anterior; e criou a chamada representação interventiva (atualmente conhecida por ação direta de inconstitucionalidade interventiva), confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal (art. 12, V, § 2º), nas hipóteses de ofensa, pelos Estados-membros, aos princípios consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* da Constituição (ditos *princípios constitucionais sensíveis*).

Essa ação direta interventiva representou o primeiro passo para o desenvolvimento, entre nós, do controle “europeu” ou “concentrado” de constitucionalidade.

3.4.4. A Constituição de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, manteve, no essencial, o modelo de controle da constitucionalidade inaugurado em 1891 (art. 101, III, alíneas *b* e *c*, da CF/37). Por outro lado, trouxe um retrocesso, ao pretender

68. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 52.

69. A despeito de o dispositivo referir-se ao Poder Judiciário, o que levaria os menos atentos a pensar que a competência do Senado incidiria sobre as decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, já que todos, no controle difuso, podiam exercer o controle de constitucionalidade, entendeu-se que, conjugando-se os arts. 91, IV e 96 da Constituição de 1934, as decisões destes órgãos seriam incapazes de ensejar a intervenção senatorial sem a prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal. Vide, a respeito, MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, p. 169.

enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único)⁷⁰. Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade⁷¹.

Não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Manteve, entretanto, a exigência do *quórum* de maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (art. 96, *caput*).

Ademais, a Carta semântica de 37 vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94).

3.4.5. A Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 restaura a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade. Efetivamente, recuperada a democracia usurpada pelo regime anterior, caiu a arbitrária norma do art. 96, parágrafo único, da Constituição anterior. Foi mantido o modelo difuso-incidental de 1891 (art. 101, III) e reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934 e suprimidas pelo regime de 37 (representação interventiva e suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada

70. Segundo esse parágrafo único, “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

71. CLÈVE, Clémerson Merlin. op. cit., p. 86. Segundo Lúcio Bittencourt, o Presidente Getúlio Vargas, em 1939, com fundamento no parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, suspendeu decisões que declararam a inconstitucionalidade de lei federal que determinara a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Assim, aduz o autor que, “Considerando que a ‘decisão judiciária não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa do ônus do imposto’, foi baixado o dec.-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, por força do qual ‘foram confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos’. Essa atitude provocou grande escândalo nos meios judiciários (...)” (op. cit., p. 139).

inconstitucional pelo Judiciário). O Poder Judiciário reconquistou sua supremacia, cabendo a ele a última palavra em questões de natureza constitucional.

Em 26 de novembro de 1965, por força da Emenda Constitucional nº 16, formulada à presente Constituição de 1946, foi inaugurado no Brasil o controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, com a criação da representação *genérica* de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade por ação) à semelhança do modelo kelseniano. De fato, a alínea *k* do art. 101, I, da Constituição de 1946 foi alterada, para acrescentar às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Essa Emenda Constitucional, ademais, autorizou a adoção, pelos Estados, de controle da constitucionalidade dos atos normativos municipais em confronto com a Constituição estadual, de competência dos Tribunais de Justiça (inciso XIII acrescentado ao art. 124 pela EC nº 16/65).

Destarte, já aqui se encontrava perfeitamente definido um modelo *misto* ou *eclético* de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os sistemas *difuso-incidental*, de competência de todos os juízes e tribunais nos casos concretos sujeitos às suas apreciações, e *concentrado-principal*, de competência exclusivamente do Supremo Tribunal Federal das leis e atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal, e dos Tribunais de Justiça das leis e atos normativos municipais em face das Constituições Estaduais. O sistema concentrado-principal, no entanto, encontrava-se até então limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva).

3.4.6. A Constituição de 1967/69

A Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 manteve o sistema anterior implantado pelas Constituições passadas, trazendo pequenas alterações. Com efeito, não manteve o dispositivo, acrescentado pela EC 16/65, que autorizava os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face de suas Constituições Estaduais.

A Emenda nº 01 de 1969 não alterou o modelo da Constituição de 67, admitindo, contudo, a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, § 3º, *d*, da Constituição).

Não se pode olvidar, outrossim, as duas novidades introduzidas pela Emenda nº 07, de 1977. A primeira consistiu na criação, para vigor ao lado da representação genérica de inconstitucionalidade, da representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*). Esta novidade, todavia, foi extinta pela Constituição de 1988. E a segunda referiu-se à previsão de concessão de medida cautelar a ser pedida nas representações genéricas de inconstitucionalidade (art. 119, I, *p*), previsão que foi mantida pela Constituição de 1988.

3.4.7. A Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 aperfeiçoou o sistema judicial de controle da constitucionalidade, mantendo a combinação dos métodos *difuso-incidental* e *concentrado-principal*.

Pelo método *difuso-incidental*, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial *concreta*, o controle da constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público, sobretudo em face da surpreendente criação, entre nós, de ação especial de controle das omissões inconstitucionais do poder público, isto é, do *mandado de injunção*, circunstância que não nega, porém, o controle destas omissões, segundo defendemos, através de qualquer ação judicial comum dirigida a qualquer juiz ou tribunal.

Pelo método *concentrado-principal*, por sua vez, só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal e somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

A Constituição de 1988 ampliou o modelo concentrado-principal da constitucionalidade, com a instituição: a) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação, ampliando a legitimidade ativa para a propositura destas ações e quebrando o monopólio outorgado ao Procurador-Geral da República (atualmente, o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF estão disciplinados na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999); b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a previsão de efeito vinculante das decisões de mérito, em face da EC nº 03/93 (igualmente, o processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade

perante o STF estão disciplinados na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), e c) da arguição de descumprimento de preceito fundamental (hoje disciplinada pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999), d) mantendo, ademais, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Em suma, em face da normativa constitucional de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil compreende:

- 1) controle *difuso-incidental*, provocado por via de exceção ou defesa, em um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal, e
- 2) o controle *concentrado-principal*, provocado por via das seguintes ações diretas, perante o STF:
 - 2.1) Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN:
 - por ação e
 - por omissão.
 - 2.2) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADIN Interventiva;
 - 2.3) Ação declaratória de constitucionalidade – ADC (ou ADECON) e
 - 2.4) Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

Podemos afirmar, efetivamente, que no Brasil a jurisdição constitucional não é privilégio dos tribunais ou do Supremo Tribunal Federal. Aqui, todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), pode exercer o controle de constitucionalidade. Somente o controle de constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça (em face da Constituição do Estado). Entretanto, não podemos ignorar que, com o novo arranjo jurídico-constitucional traçado pela Constituição vigente, determinante da amplitude das ações especiais e diretas de controle concentrado e da fixação de um extenso rol de legitimados para a propositura dessas ações, o controle difuso-incidental sofreu uma significativa restrição⁷². Tal fato agravou-se com a previsão de efeito vinculante para

todas as decisões proferidas no âmbito daquelas ações diretas. Mas essa circunstância, não obstante constatável à vista do texto de 1988, não retira a importância da jurisdição constitucional desempenhada pelos juízes e tribunais ordinários, nos casos concretos, máxime quando exercida no controle das omissões do poder público violadoras de direitos fundamentais.

Feito, em superficial exposição, esse esboço histórico do controle de constitucionalidade no direito comparado e no Brasil, impende tecer, também em apertada síntese, algumas considerações a respeito dos diversos “modelos” de controle de constitucionalidade.

4. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

À vista do direito constitucional comparado, podemos identificar vários modelos de controle de constitucionalidade, ou seja, as diversas formas de manifestação e exercício do controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público. Ressaltamos que não é nossa pretensão proceder a uma investigação profunda a respeito desse vasto tema, pois a tanto não comportariam os limites deste trabalho. Cumpre-nos, tão-somente, fazer algumas observações sobre o assunto, ainda que breves, consideradas, porém, pertinentes e importantes para a continuidade do presente estudo.

Com efeito, vários são os critérios que se podem adotar para o discernimento dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade. Colhe-mos, a seguir, os principais.

4.1. Quanto ao parâmetro do controle

A fiscalização ou controle da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público pode ter como *parâmetro*: a) toda a Constituição formal, incluindo os princípios e regras implícitos; b) apenas alguns dispositivos da Constituição, ou c) um bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal (princípios implícitos positivados ou não positivados na Constituição).⁷³

Em regra, o parâmetro utilizado é toda a Constituição formal, em face da qual se exerce a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade, como ocorre no direito brasileiro e norte-americano, por exemplo.

constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado” (*Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 256-257).

73. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 71. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 853-854.

72. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a “Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”. Partindo desse raciocínio, enfatiza o autor que a Constituição de 1988 deu maior ênfase ao modelo concentrado e arremata: “A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões

Entretanto, há Estados, como a Bélgica, que adotam um parâmetro limitado, de modo que somente as normas contrastantes com alguns poucos dispositivos da Constituição podem ser objeto do controle.

Já outros países, como a Alemanha, têm como parâmetro não só a Constituição formal, mas também outras normas derivadas de um direito supralegal reconhecido pelo Tribunal Constitucional, situação em que o parâmetro assume natureza de verdadeiro *bloco de constitucionalidade*. Não é por outro motivo que se adota, na Alemanha, a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais,⁷⁴ quando estas venham a violar aquele direito supralegal.

Na França, o *bloqué de constitutionnalité* abrange o texto da Constituição de 04 de outubro de 1958 e os textos aos quais se refere o preâmbulo da Constituição de 04 de outubro de 1958, a saber: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789; o Preâmbulo da Constituição de 1946; os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República (que se referem o preâmbulo da Constituição de 1946); e a Carta do meio ambiente de 2004.

4.2. Quanto ao objeto do controle

Em regra, as Constituições organizam seus sistemas de defesa adotando o controle da constitucionalidade dos *atos normativos* do poder público, entendendo-se por atos normativos, para esse efeito, simultaneamente: a) aqueles que veiculam normas e b) aqueles editados pelos poderes públicos, exigência que afasta, desde já, a possibilidade de controle dos atos normativos decorrentes da autonomia da vontade das partes privadas.

74. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, passim. Segundo essa teoria, é possível haver o controle da constitucionalidade das normas constitucionais originárias quando em contraste com as normas de grau superior. Assim decidiu, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Baviera, em face do art. 184 da Constituição da Baviera. Essa decisão, de 24.04.1950, foi lavrada nos seguintes termos: "A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está *a priori* e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas... Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infração da própria idéia de direito, do princípio do Estado-de-direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana" (*apud* Otto Bachof, op. cit., p. 23-24). Em suma, consoante esclarece Bachof, o "Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito 'suprapositivo', obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça" (p. 03). No Brasil, o STF já afastou essa tese, por entender que numa Constituição rígida não há espaço para hierarquia entre as normas constitucionais originárias (vide Adin 815-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28.03.1996).

Contudo, no Brasil, com a disciplina legal da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já se admite, como veremos adiante, o controle concentrado de atos concretos do poder público.

Ademais, há países, como o Brasil e Portugal, que acolhem também e expressamente o controle da constitucionalidade das *omissões* indevidas do poder público.

4.3. Quanto ao momento da realização do controle

Quanto ao momento da realização do controle de constitucionalidade, são encontradas os seguintes tipos: a) *controle preventivo* (ou *a priori*), que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração e b) *controle sucessivo* ou *repressivo* (ou *a posteriori*), que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor.

Alguns países, como a França⁷⁵, Portugal, Áustria, Itália e Espanha, adotam tanto o controle preventivo como o sucessivo.

No Brasil, é praticado, em reduzidíssima escala, um controle preventivo da constitucionalidade, de natureza política, através dos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, emitidos sobre os projetos de leis apresentados, bem assim pelos Chefes do Executivo das três esferas políticas da Federação (Presidente, Governadores e Prefeitos), por meio do veto jurídico-constitucional apostado a projetos de leis, por motivo de inconstitucionalidade (CF/88, § 1º do art. 66).

Já quanto à possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição⁷⁶. Nesse caso, o STF tem admitido

75. A França, no início, somente adotava um controle preventivo. Contudo, com a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o art. 61-1 na vigente Constituição Francesa de 04 de outubro de 1958, passou a acolher um controle *repressivo ou sucessivo* de constitucionalidade, de competência do Conselho Constitucional.

76. Cuida-se, consoante revelam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, de um "direito-função" do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido (op. cit., p. 27). Segundo Clèmerson Merlin Clève, é possível defender, no Brasil, "a viabilidade, por meio de ação direta, da fiscalização preventiva da constitucionalidade das emendas à Constituição (inclusive as decorrentes da revisão), controle que não exclui o concreto, como é o caso do mandado de segurança manejado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em face de proposta inconstitucional de emenda à Constituição" (op. cit., p. 74).

o cabimento do mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição⁷⁷.

Assim, no direito brasileiro, o controle judicial de constitucionalidade é, em regra, sucessivo ou repressivo (ou *a posteriori*), podendo ser preventivo (ou *a priori*) em sede concreta (difuso-incidental), por provocação de parlamentar em ação de mandado de segurança.

4.4. Quanto à natureza do órgão com competência para o controle

Quanto à natureza do órgão da justiça constitucional, o controle da constitucionalidade pode ser: a) *político* ou *não-judicial*, e b) *judicial* ou *jurisdicional*.

Há **controle político ou não-judicial** sempre que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a órgão de natureza essencialmente política. Nesse modelo, o controle da constitucionalidade das leis é exercitado por um órgão político, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não tem natureza jurisdicional. Cuida-se do modelo francês de fiscalização da constitucionalidade. Historicamente, a França sempre adotou uma rígida separação dos poderes, razão por que não podia o Poder Judiciário interferir nas atividades do Executivo e Legislativo. Em que pese SIEYÈS ter sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um "jury constitutionnaire", a concepção rousseauiano-jacobina da lei como expressão da "vontade geral" manteve-se sempre fiel ao dogma da soberania da lei que só as próprias

77. MS nº 20.257-DF, Rel. Min. Decio Miranda, j. em 08.10.80, DJU de 27.02.81: "Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da República. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de Segurança indeferido". No mesmo sentido: MS 24138-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 14.03.2003.

assembléias legislativas poderiam *politicamente* controlar. Isto aconteceu com a Constituição do ano VIII (13 de dezembro de 1799), que atribuiu o controle ao *Sénat Conservateur*; também ocorreu com a Constituição de 1852, que confiou o controle ao *Sénat* e, de certo modo, com a Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que concedeu o controle ao Comitê Constitucional⁷⁸. Assim, desde o abade SIEYÈS, o sistema de controle de constitucionalidade, quando previsto, era atribuído a órgãos de natureza política. Atualmente, prevê a vigente Constituição da França, de 04 de outubro de 1958, um órgão político - o *Conseil Constitutionnel* - como o competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país.

O fundamento principal da afetação do controle de constitucionalidade das leis a um órgão não pertencente ao Poder Judiciário prende-se ao argumento de que a Constituição deve ser interpretada por órgãos com sensibilidade política, porquanto, mais do que uma simples lei, a Constituição é um projeto dinâmico de vida, que não pode ser reduzida a uma mera apreciação hierárquica. Ademais, considera-se que o controle judicial daria aos juízes o poder de recusar as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo, contrariando o dogma da separação de poderes⁷⁹. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no entanto, garante que a experiência tem dado provas inequívocas de que esse controle político é ineficaz, conquanto os órgãos políticos, onde previstos, têm apreciado a constitucionalidade das leis antes pelo critério da conveniência do que pelo critério de sua conformidade com a Constituição. Esses órgãos, assim, "vêm a ser redundantes, pois se tornam outro Legislativo, ou outro órgão governamental".

O controle de constitucionalidade é *judicial* ou *jurisdicional*, quando desempenhado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (como ocorre no Brasil e nos EUA, por exemplo) ou a ele exteriores, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional (como as Cortes Constitucionais européias, exceto a da Alemanha). Defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁰ que o controle judicial de constitucionalidade tem por si a naturalidade, pois a verificação da constitucionalidade de uma norma não é senão um caso particular de verificação de legalidade, atribuição que freqüentemente é desempenhada pelo Judiciário.

78. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 832. Conforme também CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, pp. 94-99.

79. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 36; No mesmo sentido, Dirceu Torrecillas Ramos, *O controle de constitucionalidade por via de ação*, p. 21.

80. *Curso de Direito Constitucional*, p. 36.

No Brasil, a despeito da prevalência do controle jurisdicional, tem-se admitido um certo tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo, ou seja, por meio dos pareceres, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania⁸¹ das Casas Legislativas, e por meio do veto jurídico-constitucional, em face de inconstitucionalidade, dos chefes dos Poderes Executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ademais, pode ocorrer, outrossim, o controle político da constitucionalidade pelo Congresso Nacional, mas aqui já de forma sucessiva ou repressiva, no caso de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF/88, art. 49, V), e no caso de rejeição de medidas provisórias (CF/88, art. 62, § 5º).

Não obstante, no Brasil o controle é jurisdicional, pois só o Poder Judiciário foi autorizado a *declarar* a inconstitucionalidade. Por meio dele se provoca a jurisdição constitucional dos juízes e tribunais.

4.5. Quanto ao número de órgãos com competência para o controle

Quanto ao número ou à quantidade de órgãos com competência para exercer o controle da constitucionalidade, temos: a) o controle *difuso*, e b) o controle *concentrado*.

O controle é difuso quando conferido a uma pluralidade de órgãos, como é o caso dos EUA.

É concentrado quando reservado a um único órgão, como na Alemanha e diversos países da Europa continental.

Alguns autores ainda invocam uma terceira modalidade, qual seja: a c) *mista* ou *eclética*, que é aquela onde o controle pode ser simultaneamente *difuso* e *concentrado*, como ocorre no Brasil e em Portugal.

No Brasil, o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes e tribunais). Já o controle concentrado, só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual).

81. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições são apreciadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania será *terminativo* quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria.

Cumpra anotar que o controle concentrado, assim denominado em razão de ser realizado por um único órgão, pode ser desempenhado por um *Tribunal Constitucional* ou por uma *Alta Corte de Justiça*. A diferença reside na circunstância em que o Tribunal Constitucional é órgão especial, criado, via de regra, fora da estrutura do Poder Judiciário, para exercer exclusivamente a justiça constitucional; enquanto a Alta Corte ou Corte Suprema, é órgão comum do Poder Judiciário, destacando-se pela sua mais elevada hierarquia e superposição funcional em relação aos demais tribunais, podendo exercer tanto a jurisdição comum, como a jurisdição constitucional.

Como exemplos de Tribunais Constitucionais, temos, na Europa Continental, os Tribunais Constitucionais da Alemanha (criado em 1951), da Itália (1956), do Chipre (1960), da Turquia (1961), da Grécia (1975), da Espanha (1978), de Portugal (1982) e da Bélgica (1984). No Leste Europeu, temos os Tribunais Constitucionais da Polônia (1986), da Hungria (1990), da Rússia (1991), da República Tcheca (1992), da República Eslovaca (1992), da Romênia (1992) e da Eslovênia (1993). Na África, temos os Tribunais Constitucionais da Argélia (1989), da África do Sul (1996) e de Moçambique (2003).

Como exemplos de Alta Corte ou Corte Suprema, que podem exercer o controle concentrado, temos o Supremo Tribunal Federal brasileiro e as Cortes Supremas da Venezuela, do Uruguai e do Paraguai.

Assim, em conclusão, e efetuando as possíveis combinações entre os modelos, podemos citar alguns países que adotam (I) o modelo *difuso* de controle de constitucionalidade: EUA, Canadá, México, Argentina, Bolívia, Índia, Japão; (II) o modelo *concentrado* de controle de constitucionalidade, com *Tribunal Constitucional*: Áustria, Alemanha, Itália, Espanha, Chile; (III) o modelo *concentrado* de controle de constitucionalidade, com *Alta Corte*: Uruguai e Paraguai; (IV) o modelo *misto* de controle de constitucionalidade, com *Tribunal Constitucional*: Colômbia, Equador, Peru, Portugal; (V) o modelo *misto* de controle de constitucionalidade, com *Alta Corte*: Brasil, Venezuela.

4.6. Quanto ao modo de manifestação do controle

Quanto ao modo de manifestação, o controle pode ser: a) *por via incidental* (que se provoca por meio de *exceção* ou *defesa*); b) *por via principal* (que se provoca por meio de *ação direta*); c) *abstrato* ou *em tese*, e d) *concreto*.

O controle é incidental, quando a inconstitucionalidade é argüida incidentalmente, no curso de uma demanda, ou seja, num *caso concreto*, como *fundamento* do pedido nela deduzido. Nesse caso, a inconstitucionalidade

ostenta *caráter prejudicial*, pois é matéria que necessita ser analisada e decidida *antes* pelo Judiciário, como condição e antecedente lógico para a solução da própria pretensão declinada na ação judicial proposta. Isto é, para acolher ou desacolher a pretensão do autor (exposta na petição inicial da ação) ou do réu (externada na peça de defesa), o juiz deve necessariamente examinar a questão da constitucionalidade da lei ou do ato estatal, invocada por uma das partes como fundamento justificador da respectiva pretensão. Advertimos que, na via incidental, reitere-se, a inconstitucionalidade não é o pedido ou objeto da demanda, mas sua causa de pedir, seu fundamento jurídico. Nessa via, o órgão competente será provocado por meio de *exceção* ou de *defesa*, em virtude da qual as partes (autor ou réu) justificam sua pretensão (autor) ou defesa (réu). Além disso, a inconstitucionalidade, no caso concreto, pode ainda ser suscitada por terceiros interessados que integram, de qualquer modo, a relação jurídica processual, e pelo Ministério Público que caiba intervir no feito. Permite-se, até, que o Juiz, de ofício, conheça e acolha a inconstitucionalidade, já que ele, mais do que ninguém, tem a obrigação de velar pela Constituição.⁸²

O controle incidental é sempre *concreto*, por envolver a resolução de um litígio ou de uma controvérsia real entre partes.

O controle é principal, quando a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido ou objeto da ação. Nessa via, há ações autônomas e especiais (as chamadas *ações diretas*) por meio das quais se leva ao exame judicial o pleito direto da inconstitucionalidade, ou da constitucionalidade, conforme o caso. Cuida-se do modelo consagrado na Europa a partir da Constituição austríaca de 01 de outubro de 1920, por sugestão de Hans Kelsen, em face do qual se leva a um Tribunal Constitucional, por meio de uma ação especial, um pedido direto de inconstitucionalidade de uma lei contrastante com a Constituição, cujo controle de sua constitucionalidade é exercido fora de um caso concreto. No Brasil, o controle de constitucionalidade por via principal, através de ação direta, salvo algumas poucas hipóteses (ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a arguição *incidental* de descumprimento de preceito fundamental), é sempre *abstrato* ou *em tese*. Isso significa que o controle abstrato relaciona-se com o controle concentrado e principal, pois nele a impugnação da constitucionalidade do comportamento do poder público é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controle abstrato, portanto, não desafia um processo contraditório de partes, conquanto se verifica num processo objetivo cuja finalidade é a “defesa da Constituição”, por meio da supressão de atos contrários à *Fundamental Law*.

Cumpramos ressaltar, no entanto, que não há uma correspondência necessária entre o controle incidental (por via de exceção ou de defesa) e o controle difuso, ou entre o controle principal (por via de ação) e o controle concentrado. A correlação existe no Brasil, onde o *controle difuso é desencadeado sempre incidentalmente, à vista de um caso concreto* (por via de exceção ou de defesa) e o controle concentrado é provocado por via de ação direta (principal). Mas a correspondência não existe em outros sistemas jurídicos. Na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha, a questão da constitucionalidade suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) conduz a um controle concentrado. Nesses países, uma vez levantada a questão de constitucionalidade, caberá ao juiz ou tribunal *a quo* não mais do que suspender o feito, suscitar o incidente e aguardar a decisão da Corte Constitucional a propósito da matéria⁸³.

Percebe-se, daí, e em suma, que o controle difuso é sempre incidental, mas o inverso não é verdadeiro, haja vista que o controle incidental pode ser difuso (como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, por exemplo) e concentrado (como ocorre na Áustria, na Itália, na Alemanha e na Espanha). O controle concentrado, portanto, nesses países da Europa continental, pode ser provocado por via principal e por via incidental.

O controle principal, ademais, tanto pode implicar num controle abstrato de leis e atos normativos, como numa garantia concreta de direitos fundamentais. Este último caso, como lembra Canotilho⁸⁴, é o que se observa na *Verfassungsbeschwerde* alemã (ação constitucional de defesa) e no *recurso de amparo* dos direitos mexicano e espanhol.

4.7. Quanto à finalidade do controle

Quanto à finalidade, o controle da constitucionalidade dos atos normativos ainda pode ser: a) *subjetivo*, ou b) *objetivo*.

É subjetivo quando a finalidade de seu exercício é tão-somente a defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte, e não propriamente a defesa da Constituição.

É objetivo quando, por outro lado, o controle se destina exclusivamente à defesa objetiva da Constituição.

83. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 76-77. No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 834.

84. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 835.

82. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 76.

No Brasil, o controle incidental (por via de exceção ou de defesa), concretamente realizado, é sempre um controle subjetivo, enquanto o controle principal (por via de ação direta), é, em princípio, objetivo.

5. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1. O controle difuso-incidental de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional

O controle difuso de constitucionalidade, como já tivemos a oportunidade de sublinhar, teve origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, a partir da incontestável argumentação esgrimida pelo *Justice* John Marshall a respeito da supremacia da Constituição em face das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).

No Brasil, esse modelo de controle foi consagrado, pela primeira vez, na Constituição de 1891, por influência norte-americana, sendo recepcionado pelas Constituições que se seguiram, encontrando hoje o seu fundamento no art. 102, inciso III, da Constituição de 1988.

À vista desse modelo, o controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como *incidente* dela, por qualquer juiz ou tribunal. Daí afirmar-se que o controle difuso é um controle incidental. É uma combinação necessária.

Vale dizer, o exame da constitucionalidade da conduta estatal pode ser agitado, *incidenter tantum*, por qualquer das partes envolvidas numa controvérsia judicial, perante qualquer órgão do Poder Judiciário, independente de instância ou grau de jurisdição, por meio de uma ação subjetiva (ou peça de defesa) ou de um recurso. Pressupõe a existência de um conflito de interesses, no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso. Enfim, desde que se possa deduzir uma pretensão acerca de algum bem da vida ou na defesa de algum interesse subjetivo, pode o interessado argüir, em sede concreta, a inconstitucionalidade como seu fundamento jurídico.

No controle em tela, a questão constitucional, consistente na inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Estado, ostenta a *natureza* de *questão prejudicial* (*pré* = antes; *judicial* = de julgar), na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la definitivamente. É um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da resolução do conflito.

Cumpre, doravante, tecer algumas considerações a respeito desse modelo de controle de constitucionalidade, sobretudo à luz do sistema jurídico vigente no Brasil. Asseguramos, desde logo, que qualquer ato ou omissão inconstitucional do poder público pode, sem sombra de dúvida, submeter-se a controle difuso-incidental de constitucionalidade, no âmbito de qualquer ação judicial e perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

5.2. A provocação do controle difuso-incidental de constitucionalidade

No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se – reafirmamos – no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses. A questão da constitucionalidade somente é argüida incidentalmente, como prejudicial de mérito da pretensão deduzida, de modo que esta só pode ser desatada após a resolução daquela *conditio*. Quer dizer, as partes pretendem acertar judicialmente uma determinada relação jurídica, que, contudo, depende do exame prévio da questão constitucional, que ostenta caráter prejudicial.

Assim, à semelhança do paradigma norte-americano, o controle incidental ou *incidenter tantum* é provocado, no direito brasileiro, por via de exceção, entendendo-se, aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta do processo, mas no sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no pólo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional⁸⁵. Daí porque

85. Todavia, nem sempre foi assim. Como bem esclarece Lúcio Bittencourt, prevalecia no Brasil a idéia de que, no controle incidental, “o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional”. Nessa hipótese, conclui o autor, “o juiz não anula ou invalida o ato, limitando-se, apenas, a recusar-lhe aplicação a uma espécie litigiosa concreta”. De ver-se, portanto, que num primeiro momento da experiência brasileira com o controle incidental, exigia-se um comportamento passivo do interessado. No entanto, paulatinamente foi-se aceitando “que não era mister aguardar a aplicação da lei para que o lesado pudesse agir”, pois obrigar “o cidadão a aguardar que a lei seja aplicada, que a lesão tenha lugar, ou que se manifeste grave ameaça ao seu direito”, afigura-se “inteiramente contrário ao bom-senso e aos interesses de ordem jurídica”. Enfim, tem o interessado, quanto à lei inconstitucional, a faculdade de agir para evitar o dano (op. cit., p. 97, 98, 101 e 104).

a doutrina também denomina a 'via de exceção' de 'via de defesa'. Enfim, a jurisdição constitucional incidental pode ser provocada por qualquer ação, "desde que exista, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada".⁸⁶ A ação, portanto, não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a se referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como o próprio pedido.

Feitas essas considerações, podemos ainda mais aclará-las com a afirmação de que, no direito brasileiro, a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada (a) pelo autor, *na inicial de qualquer ação*, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou (b) pelo réu, *nos atos de resposta* (contestação, reconvenção e exceção) ou nas *ações incidentais de contra-ataque* (embargos à execução, embargos de terceiros, etc).

É natural, decerto, que a jurisdição constitucional subjetiva ou incidental seja provocada normalmente pelas ações constitucionais de garantia, vale dizer, pelos conhecidos remédios constitucionais⁸⁷, em razão da celeridade e do rito sumário de seus procedimentos, que são especiais⁸⁸. Esses remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos. Entre os remédios constitucionais mais utilizados no controle

86. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 102.

87. Os remédios constitucionais são os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar ou corrigir ilegalidades e abusos de poder praticados em prejuízo dos direitos e interesses individuais ou coletivos. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, nesse caso, têm natureza de ação, constituindo as "ações constitucionais".

88. Willis Santiago Guerra Filho bem ressalta a especificidade do processo dessas ações. Segundo o autor, o processo dessas ações constitucionais de garantia, "é *sui generis*, possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, mas também do processo cautelar e do processo de execução. De natureza cautelar é o mandado liminar para evitar dano irreparável, que em geral comportam essas ações. Sem sofrer solução de continuidade, dá-se nos processos em que se aprecia tais ações, a execução provisória da sentença. Acima de tudo são, porém, ações cognitivas nas quais, em geral, há uma concentração do iter procedimental, por suprimida a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. As provas, normalmente documentais, devem ser pré-constituídas e apresentadas já com a inicial, e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o processamento pelo rito comum ordinário" (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 16).

incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a *ação popular*, o *mandado de segurança*, a *ação civil pública* e o *mandado de injunção*.

5.3. A legitimidade para provocar o controle difuso-incidental de constitucionalidade

Podem provocar a jurisdição constitucional em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade todos aqueles que integram, de qualquer forma, a relação processual, assim como o órgão do Ministério Público, quando officie no feito. Também pode reconhecê-la o juiz ou tribunal, de ofício, nas causas submetidas à sua apreciação⁸⁹.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem recusado essa doutrina da declaração judicial de ofício da inconstitucionalidade da lei na hipótese estrita de recurso extraordinário, exigindo o necessário prequestionamento. Segundo a jurisprudência do Supremo, "a limitação do juiz do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido, e de outro, à fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais argüida pelas partes, nem cogitada pela decisão impugnada"⁹⁰.

Assim, podem provocar o controle incidental de constitucionalidade: a) as partes (autor e réu) em quaisquer demandas; b) os terceiros intervenientes (litisconsortes, assistentes, oponentes, entre outros); c) o Ministério Público, quando officie no feito, e d) o juiz ou tribunal, de ofício, exceto o STF no recurso extraordinário.

5.4. A competência para realizar o controle difuso-incidental de constitucionalidade

No Brasil, o controle incidental da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, porquanto *difuso* e *aberto*, pode ser exercido por

89. Segundo J. J. Gomes Canotilho, embora os órgãos de controle não possam iniciar, de ofício, um processo de controle de constitucionalidade, "isso não significa necessariamente que o órgão de controle, num processo perante si já levantado, não possa *ex officio* tomar conhecimento e suscitar o incidente da inconstitucionalidade, mesmo quando as partes o não tenham feito" (*Direito Constitucional*..., op. cit., p. 837). No mesmo sentido, BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 113, segundo o qual os juízes e tribunais, ao decidir uma ação proposta, não só podem mas devem, de ofício, independente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade de lei supostamente aplicável ao caso; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 98 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 372.

90. RE 117805-PR, DJU de 27.08.1993. No mesmo sentido: AGR 144816-5, DJU de 12.04.1996; AGR 155188-8, DJU de 15.05.1998, entre outros julgados.

qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa. O juiz, como é óbvio, julga o incidente de inconstitucionalidade sempre originariamente. O tribunal (qualquer que seja o grau: *inferior* ou *superior*, até mesmo o Supremo Tribunal Federal), tanto originariamente quanto em grau de recurso.

Relativamente à competência dos tribunais, cumpre um esclarecimento. O Superior Tribunal de Justiça, conquanto possa julgar o incidente de inconstitucionalidade, não pode, em sede de recurso especial (CF/88, art. 105, III⁹¹), enfrentar questões constitucionais, sob pena de usurpar a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal em face do recurso extraordinário⁹².

Quando for o tribunal o órgão exercente do controle, incidirá a regra obrigatória do art. 97 da Constituição vigente, segundo a qual "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público". Essa regra, presente no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, consiste em exigir, para as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais: a) o *quorum* de **maioria absoluta** de seus membros, e b) a **reserva de plenário** (cláusula constitucional do "full bench") ou, no tribunal onde houver, do órgão especial. Cuida a aludida regra de uma *condição de eficácia*⁹³ da decisão de-

91. Art. 105, III: "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

92. Vide AgRg no AI 145.589-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24.06.1994: "Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas urnas: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa."

93. C. A. Lúcio Bittencourt, op. cit., p. 45-46. Segundo o autor, comentando o art. 200 da Constituição de 1946 que consagrava a regra hoje prevista no art. 97, a exigência da maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público "não tem outro efeito senão o de *condicionar* a eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade *ao voto* - nem mesmo à *presença*, mas *ao voto*, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer - da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, *em si mesmo*, nem uma regra

claratória da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, que se justifica em face do *princípio da presunção de constitucionalidade* das leis e atos estatais. Assim, como condição de eficácia da decisão, exige a Constituição que a declaração de inconstitucionalidade proclamada pelo tribunal seja pronunciada pela maioria absoluta (primeiro número inteiro subsequente à metade) de seus membros ou daqueles que compõem o órgão especial (onde houver, na forma do inciso XI⁹⁴, do art. 93).

Isso significa que, em sentido contrário, não se exige, nos tribunais, a reserva de plenário para a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, que pode ser pronunciada por órgão fracionário (as Câmaras, Turmas ou Seções). A reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que essa declaração infirma a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis e atos estatais. Não obstante isso, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que tal regra só se impõe quando a lei ou o ato normativo ainda não foi declarado inconstitucional por ele, Supremo, ou pelo próprio plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, em controle incidental ou concentrado de constitucionalidade⁹⁵. Esse entendimento do Supremo foi adotado pelo legislador, por meio da Lei 9.756/98, cujo art. 1º acrescentou o *parágrafo único* ao art. 481 do CPC e em decorrência do qual "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". Nesse caso, a reserva de plenário só se impõe se houver mudança de orientação por parte do próprio tribunal.

A exigência da reserva do plenário não se limita às hipóteses de declaração *final* de inconstitucionalidade. De feito, com o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento

de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma *condição de eficácia*". Conferir: STF, AI 615686 AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Julgamento em 18/09/2007*, DJ de 30-11-2007 PP-00092: "A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público."

94. Art. 93, XI: "nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

95. RE 190.728, Rel. para acórdão Min. Ilmar Galvão, DJ de 30.05.1997. No mesmo sentido: AgRegAI nº 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 04.08.1995, p. 22.520; AgRegAI nº 167.444, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15.09.1995, p. 29.537; RE nº 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.08.1997, p. 38.781.

da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal), essa exigência também alcança as decisões colegiadas proferidas em sede de medida cautelar, segundo reclama o seu art. 10, segundo o qual, "Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22⁹⁶, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias". Mesmo nos casos de excepcional urgência, que só dispensa a exigência da audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, a decisão está vinculada ao plenário do Tribunal, como prevê o § 3º⁹⁷ do art. 10.

Mas é imperioso anotar, sem embargo da ressalva acima, que a reserva de plenário deve ser observada mesmo quando o tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, limitando-se a afastar a sua incidência, total ou parcial. Nesse sentido, cumpre examinar o teor da súmula vinculante n. 10 do STF, segundo a qual "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*"⁹⁸

5.5. O procedimento do controle difuso-incidental de constitucionalidade

Quando o controle incidental for provocado perante o juiz, não há procedimento específico a observar. A questão constitucional será suscitada – como todas as demais questões prejudiciais de mérito (ilegalidade, direito

96. Dispõe o art. 22: "A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros."

97. "Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado."

98. Conferir, STF, Pleno, RE 482090/ SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgamento em 18/06/2008, DJe-048 de 12.03.2009: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.

intertemporal, etc.) que surgem no processo concreto – como fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem⁹⁹.

Todavia, quando arguida a inconstitucionalidade perante tribunal, impõe-se observar – em face da exigência da cláusula constitucional do "full bench" (**reserva de plenário**, conforme art. 97 da CF/88) – o Código de Processo Civil, em especial os arts. 480 e 482, além do seu regimento interno. Efetivamente, suscitada a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, em qualquer processo concreto de competência originária ou recursal¹⁰⁰, o relator do processo, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento da causa. Se a arguição for rejeitada, o julgamento prosseguirá. Por outro lado, se acolhida, o que poderá ser por maioria simples, será lavrado o acórdão, a fim de ser a questão submetida ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

Sublinhe-se que, em decorrência dos §§ 1º e 2º do art. 482, acrescentados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Ministério Público, as entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e os legitimados arrolados no art. 103 da Constituição Federal, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade em curso perante os tribunais, no prazo fixado no Regimento Interno. Além disso, em face do novo § 3º do art. 482, também acrescentado pela Lei nº 9.868/99, o relator poderá admitir, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades no incidente de inconstitucionalidade. Referido preceito representa a consagração, no direito positivo brasileiro, do *amicus curiae*, que é um instituto do direito norte-americano acolhido para conferir um caráter democrático e pluralista ao processo incidental de controle de constitucionalidade em curso junto aos Tribunais.¹⁰¹ Não há negar que, com a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC, pretendeu-se emprestar um caráter de *concentração* e *objetivação* ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais.¹⁰²

99. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 105.

100. Ibidem, mesma página.

101. Anota Gilmar Ferreira Mendes que as providências previstas nos §§ 1º, 2º e 3º desse art. 482 "conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade" (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 375).

102. ROTHENBURG, Walter Claudius. 'Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99'. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 287.

Enfim, decidida a *vexata* pelo plenário do tribunal ou pelo órgão especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara – que estará vinculada aos termos daquele julgamento – para finalmente resolver a respeito da pretensão deduzida. Ocorre, assim, uma *divisão funcional de competência* entre o plenário (ou órgão especial) e o órgão fracionário (turma ou câmara), tocando àquele a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato questionado e a este deliberar, à vista do que houver definido o plenário, a respeito da causa. A decisão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível¹⁰³. O Supremo Tribunal Federal tem exigido que a parte junte ao eventual recurso extraordinário interposto contra a decisão do órgão fracionário, sob pena de não conhecê-lo, cópia daquela decisão plenária, pois “a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede – ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual – que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada”.¹⁰⁴

Como sublinhado no item anterior, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que a regra da reserva de plenário só se impõe quando a lei ou o ato normativo ainda não foi declarado inconstitucional por ele, Supremo, ou pelo próprio plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, em controle incidental ou concentrado de constitucionalidade. Esse entendimento do Supremo foi adotado pelo legislador, por meio da Lei 9.756/98, cujo art. 1º acrescentou o *parágrafo único* ao art. 481 do CPC e em decorrência do qual “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Nesse caso, a reserva de plenário só se impõe se houver mudança de orientação por parte do próprio tribunal.

Importante ressaltar que, no Supremo Tribunal, exige-se, para haver a sessão de julgamento da questão constitucional (independente do controle ser incidental ou principal), a presença mínima de oito ministros. E,

103. Nesse sentido dispõe a súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. Também dispõe a súmula nº 293 do STF: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”. À semelhança desta última, reza a súmula nº 455 do STF: “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”.

104. AgRegRE nº 158.540-4, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.05.1997, p. 21.375. Pela jurisprudência do STF não basta a transcrição da decisão do plenário ou órgão especial, nem a juntada do voto condutor do acórdão, sendo indispensável, pois, a juntada do próprio acórdão para se aferir a motivação da decisão recorrida com respeito ao incidente de inconstitucionalidade.

satisfeita essa presença mínima, exige-se, ademais, o *quorum* de seis ministros para a proclamação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado.

5.6. Os efeitos da decisão no controle difuso-incidental de constitucionalidade

Sempre foi objeto de forte testilha doutrinária o tema relativo aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cuja solução depende da compreensão acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional: se é *inexistente*, *nulo* ou *anulável*. Não é nosso propósito examinar os pormenores da controvérsia que se instalou em derredor do assunto¹⁰⁵. Cumpre, entretanto, sublinhar que prevaleceu, entre nós, o entendimento baseado na doutrina norte-americana, que desde o *case Marbury v. Madison*, de 1803, considera *nulo* o ato em contraste com a Constituição.

Desse modo, no passo da doutrina tradicional, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato positivo do poder público no caso concreto tem efeito declaratório, retroagindo à origem mesma do ato impugnado para pronunciar a sua *nulidade*. A lei ou o ato que contraria a Constituição, ensinava Alfredo Buzaid¹⁰⁶, é írrita e nula, e não simplesmente anulável. Segundo o autor,

“Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula*; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade”.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade fulmina de nulidade o ato impugnado, e todas as relações jurídicas fundadas nesse ato, desde o seu nascedouro, serão desconstituídas. Quer dizer, a nulidade retroage à origem mesma do ato; ataca-o *ex tunc*.

105. Para uma investigação do tema, vide Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 113 e ss; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica editora, 1999; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 295-308; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 131-149; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, op. cit., p. 54-58; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 112-115; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit.; Carlos Roberto Siqueira Castro, “Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs. 9.868 e 9.882/99”, In: SARMENTO, Daniel (org.), *O Controle de Constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 39-99; Robério Nunes dos Anjos Filho, “A natureza do ato inconstitucional e a Emenda Constitucional 32/2001”, In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.), *Estudos de Direito Constitucional*, p.445-470; FERNANDES, André Dias, *Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC*, Salvador: Editora JusPodivm, 2009; entre outros.

106. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 128-130.

Todavia, cumpre esclarecer que, nos Estados Unidos, desde o caso *Likletter v. Walker*, julgado pela Suprema Corte em 1965, e considerado o *leading case* na matéria, se vem entendendo que cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, a valoração da situação concreta para decidir acerca da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podendo o juiz ou tribunal atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou prospectivos.

Assim, nada obstante a regra dos efeitos retroativos ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade admite a limitação dos efeitos dessa declaração, podendo esta se mostrar *ex nunc* ou prospectiva. No direito brasileiro, tal circunstância se avulta em face das Leis n.ºs. 9.868 e 9.882/99, que dispõem, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ADIN, ADC e ADPF, relativamente aos arts. 27 e 11, em conformidade com os quais "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Nesse contexto, em que pese os preceitos acima mencionados constarem de leis reguladoras do processo e julgamento das ações diretas do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, não temos dúvidas que eles podem servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também no âmbito do modelo de controle difuso-incidental de constitucionalidade.¹⁰⁷

Demais disso, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, ainda que, em face de recurso extraordinário (ou no exercício de sua competência originária), a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸. Assim, continua a lei ou o ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter idêntico pronunciamento. Vê-se, por conseguinte, que é decorrência natural do controle incidental de

107. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 292-298; Carlos Roberto Siqueira Castro, 'Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.ºs. 9.868 e 9.882/99', In: SARMENTO, Daniel (org.), *O Controle de Constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 39-99.

108. Como explicaremos no item a seguir, há, atualmente, no Supremo Tribunal Federal um movimento, liderado pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, no sentido de se atribuir eficácia "erga omnes" ou geral às decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte em sede de controle incidental ou concreto.

constitucionalidade, nos países que não adotam o princípio do *stare decisis*¹⁰⁹, a possibilidade de existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros.

Destarte, e em resumo, são efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental, independentemente do órgão jurisdicional que o exerça: a) a inconstitucionalidade *inter partes* da lei ou do ato, e b) a retroatividade da decisão, que pronuncia a nulidade (efeitos *ex tunc*) da lei ou do ato, ressalvada a hipótese de limitação dos efeitos, com base nas leis 9.868 e 9.882/99.

Para evitar essa problemática – leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros – a Constituição de 1988, na esteira das Constituições anteriores (a partir da Constituição de 1934), outorgou ao Senado Federal a competência para, ao suspender a execução do ato normativo declarado *incidentalmente* inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conferir efeito *erga omnes* a essa decisão da Excelsa Corte, de efeitos originariamente *inter partes*, estendendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todas as pessoas.

Certamente, se o controle incidental de constitucionalidade incidir sobre as omissões do poder público, a decisão de inconstitucionalidade terá o efeito de *suprir* tais omissões, dispondo sobre a situação fática ou jurídica abusivamente não disciplinada pelos órgãos estatais. Nesse caso, como não há lei ou ato a ser declarado nulo pelo Poder Judiciário, cumpre a este tão-somente colmatar a lacuna deixada pelo poder público, provendo o caso concreto, cuja decisão produzirá efeitos *inter partes*.

5.7. O controle difuso-incidental de constitucionalidade e a suspensão da execução do ato pelo Senado Federal

Prevê a Constituição brasileira de 1988, no seu art. 52, inciso X, que compete ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Tal disposição, já ressaltamos, foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1934 (e mantida pelas Constituições que

109. O princípio do *stare decisis* é típico do *Common law*, que consiste na forma abreviada da locução latina *Stare decisis et non quieta movere*, que significa: "Ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso". Em face deste princípio, a decisão do Tribunal que declara a inconstitucionalidade, conquanto proferida em um caso concreto *inter partes*, tem eficácia geral e vinculante, que firma um precedente obrigatório.

lhe sucederam, exceto pela de 1937), com o propósito de corrigir uma deficiência do sistema difuso-incidental quando acolhido nos países, como o Brasil, herdeiros da tradição romano-germânica da *civil law*, desprovidos do princípio do *stare decisis*. Visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões – que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito – entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle.

Atualmente, essa competência do Senado é exercida por meio de resolução, em face de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, *em controle incidental*, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do poder público, seja ele federal, estadual ou municipal. Cumpre esclarecer, desde logo, que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, *sub examine*, não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, razão porque estão equivocados aqueles que vêem nessa disposição uma prova de que no Brasil o controle de constitucionalidade é *misto*, por envolver um controle judicial e político¹¹⁰. Aquela disposição tão-somente confere ao Senado a competência para *deliberar sobre a suspensão da execução do ato*, declarado inconstitucional, aqui sim, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para o *fim específico de emprestar eficácia genérica*, ou seja, *erga omnes*, a essa decisão judicial, até então de efeitos *inter partes*, porquanto pronunciada num processo judicial concreto, em sede de controle incidental. Consoante a precisa lição de Paulo Brossard, o Senado Federal, ao “suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular”.¹¹¹

Essa competência do Senado tem suscitado algumas dúvidas que precisam ser dirimidas. Vejamo-las.

Em primeiro lugar, cabe examinar a quem compete comunicar ao Senado sobre a decisão do Supremo. Embora a Constituição não seja explícita a respeito, ninguém mais duvida que compete ao próprio Supremo Tribunal Federal proceder a esta comunicação, após transitar em julgado a decisão que declarou, em sede de controle incidental, a inconstitucionalidade do ato impugnado. Aliás, essa providência vem prevista no próprio Regimento

110. Pode-se assegurar que o sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro – que é judicial – é *misto* tão-somente pelo fato de ele combinar os modelos difuso-incidental e concentrado-principal. Vide, nesse sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 115-116.

111. ‘O Senado e as leis inconstitucionais’. In: *Revista de Informação Legislativa*, 50:61.

Interno da Corte (RISTF, art. 178). Tal comunicação, outrossim, está franqueada ao Procurador-Geral da República, que pode tomar a iniciativa de participar oficialmente ao Senado acerca da decisão definitiva do Supremo. Relembramos, a propósito, que a Constituição de 1934 outorgou expressamente ao Procurador-Geral da República a competência para comunicar a decisão do STF ao Senado, “para os fins do art. 91, IV” daquela Carta (art. 96), isto é, para o Senado suspender a execução do ato, de tal sorte que, sem a comunicação do Procurador-Geral da República, estava o Senado, consoante a doutrina predominante¹¹², impedido de exercer essa atribuição. Para além disso, hoje se admite, sem contestações, que o Senado Federal pode, após tomar conhecimento da decisão do Supremo Tribunal, entabular, de ofício, o procedimento visando à suspensão da execução do referido ato, conforme prevê seu próprio regimento interno (arts. 386 e 388).

Em segundo, cumpre descortinar se a competência do Senado limita-se à declaração de inconstitucionalidade proferida em controle incidental ou alcança aquela pronunciada em controle principal. Em que pese a existência de certa divergência no passado, atualmente não há mais dúvida de que a competência do Senado restringe-se ao controle incidental, até porque a decisão do Supremo Tribunal em controle principal produz imediata e automaticamente efeitos *erga omnes*.

Em terceiro, cabe averiguar se a competência senatorial restringe-se a suspender a execução apenas da lei, ou ela é abrangente para alcançar qualquer ato normativo. Embora a Constituição de 1988 refira-se apenas à lei, o melhor entendimento é aquele que advoga a tese no sentido de que a “expressão *lei* residente no art. 52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.¹¹³ Aliás, esse entendimento vem desde a Constituição de 1934, que previa essa competência do Senado para suspender a execução de *lei, ato, deliberação ou regulamento* declarado inconstitucional pelo Judiciário¹¹⁴.

Em quarto, indaga-se se a competência do Senado também se projeta aos atos estaduais e municipais. Como órgão da Federação, o Senado pode suspender a execução de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal.

112. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, op. cit., p. 168.

113. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 120.

114. As Constituições de 1946 e 1967, inclusive com a Emenda nº 01/69, referiam-se à “lei ou decreto”.

Em quinto, questiona-se se há prazo para a manifestação do Senado. A Constituição não prevê prazo para o exercício dessa competência, de modo que ela pode ser exercida a qualquer tempo, embora deva ser logo após a ciência pelo Senado da decisão do Supremo Tribunal.

Em sexto lugar, impende saber se a deliberação do Senado que suspende a execução do ato é passível de revogação. Segundo posição do Supremo Tribunal Federal¹¹⁵, a resolução suspensiva do Senado é irrevogável, uma vez que ele esgota a sua competência no momento em que delibera pela suspensão.

Em sétimo, discute-se qual a extensão da deliberação do Senado. Segundo estabelece a Constituição, o Senado tem competência para suspender a execução, *no todo ou em parte*, do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal. Sendo assim, ele não pode ir além da decisão do Supremo Tribunal, ou seja, não pode suspender a execução total de um ato que só em parte foi declarado inconstitucional pelo Supremo. Ora, já se afirmou que o Senado não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato. Ele só age em função de uma decisão definitiva do Supremo Tribunal. É por isso que Pontes De Miranda¹¹⁶ já sustentava, como a propósito lembra Clèmerson Merlin Clève¹¹⁷, que o Senado só "suspende a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo, que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi". Por outro lado, tem-se entendido¹¹⁸ que o Senado, não obstante, pode ficar aquém dessa decisão, podendo suspender apenas uma parte da lei ou ato normativo inteiramente declarado inconstitucional pelo STF. *curioso!!! Vide RENO LUIZ 716.254 a.p.11.*

Em oitavo, incumbe examinar se a deliberação senatorial produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Há divergência doutrinária. Gilmar Ferreira Mendes¹¹⁹ e Clèmerson Merlin Clève¹²⁰, por exemplo, advogam a tese de que a deliberação do Senado produz efeitos retroativos. No entanto, conforme entendimento da maioria doutrinária, a deliberação do Senado produz efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos ou *pro futuro*. Essa é a posição, entre outros, de

115. MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, (25.05.1966). Este mandado de segurança foi impetrado contra a Resolução do Senado nº 93, de 14.10.1965, que revogou a Resolução anterior, de nº 32, de 25.03.1965, através da qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade declarada (por ele, STF), não pode o Senado voltar atrás para revogar a Resolução suspensiva. Vide também: RTJ 38:5, 38:569 e 39:628.

116. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969*, p. 88.

117. Op. cit., p. 121.

118. FALTA TEXTO<<<<<<

119. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 385-391.

120. Op. cit., p. 122.

Themístocles Brandão Cavalcanti¹²¹, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹²², Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹²³, José Afonso da Silva¹²⁴, Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹²⁵ e Lenio Luiz Streck¹²⁶. O Supremo Tribunal Federal, porém, já decidiu no sentido de que "a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional"¹²⁷. *Data venia* da maioria, se a competência do Senado em suspender a execução de lei declarada incidentemente inconstitucional pelo STF deveu-se ao fato de se pretender obviar aqueles inconvenientes (possibilidade de decisões contraditórias, etc.) propiciados pelo sistema americano, quando seguido por países carentes do *stare decisis*, compartilhamos da orientação segundo a qual a resolução do Senado produz efeitos *ex tunc* ou retroativos. E isso significa apenas que cumpre ao Senado tão-somente emprestar eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, que fica, assim, valendo para todos, com todos os seus efeitos, inclusive os retroativos, como se a lei jamais houvesse existido.

Em nono, cabe ainda verificar qual a natureza do ato do Senado. A deliberação do Senado, consoante a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é essencialmente política. Todavia, o Senado não revoga o ato declarado inconstitucional, mesmo porque não dispõe de competência para tanto¹²⁸. Trata-se de ato político que confere eficácia genérica (*erga omnes*) à decisão do STF prolatada *incidenter tantum*, em face de um caso concreto.

Finalmente, em décimo lugar, resta solucionar se a competência do Senado é vinculada ou discricionária? Segundo o entendimento dominante, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal¹²⁹, a competência senatorial é discricio-

121. *Do controle da constitucionalidade*, p. 164.

122. *A teoria das constituições rígidas*, p. 211.

123. *Curso de Direito Constitucional*, p. 29.

124. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 56.

125. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 152.

126. *Jurisdição Constitucional*..., op. cit., p. 377.

127. RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RDA 105:111-113.

128. MS 16.512. Vide voto proferido nesse MS pelo Min. Prado Kelly (RTJ 38:16).

129. MS 16.512. É oportuno asseverar que o próprio Senado já se recusou a conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 150.764-1/PE, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação da contribuição para o Finsocial. Segundo o senador Amir Lando, designado Relator para o procedimento, "É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando *erga omnes*, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico".

nária, pois o Senado é o juiz exclusivo da conveniência e oportunidade do exercício dessa competência. Sem embargo, ainda remanescem na doutrina alguns focos de resistência a esse entendimento. Com efeito, consoante escólios de Lúcio Bittencourt¹³⁰, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³¹, Alfredo Buzaid¹³², Celso Ribeiro Bastos¹³³, Zeno Veloso¹³⁴, Lenio Luiz Streck¹³⁵, entre outros, o Senado está obrigado a suspender a execução do ato que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, pois não se trata tal atribuição de faculdade, mas de um dever constitucional.

A propósito do tema, entendemos, na esteira da opinião destes autores, que se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o *dever jurídico-constitucional* de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não podemos olvidar as razões que ensejaram o Constituinte de 1934 e os Constituintes de 46, 67 (inclusive da Emenda nº 01/69) e de 88 a instituírem essa atribuição do Senado, com vistas a prevenir a plethora de ações judiciais e a possibilidade de existirem decisões judiciais conflitantes, com o conseqüente e lamentável estado de insegurança jurídica. De modo que, entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da incerteza do direito. Ademais, aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade.

Essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até à década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num

130. Op. cit., p. 145. Segundo o autor, o "ato do Senado (...) não é *optativo*, mas *deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição*: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

131. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 42. Para o autor, a suspensão da execução do ato "não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico".

132. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 89. Buzaid defendia que, "Concorrendo todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda que sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional".

133. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4º, Tomo I, p. 179.

134. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 57-58.

135. *Jurisdição Constitucional...*, op. cit., p. 379.

sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?

Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, somos de opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América¹³⁶.

Atualmente, há no Supremo Tribunal Federal um movimento, liderado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de se atribuir eficácia "erga omnes" às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, sem a necessidade da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir *publicidade* à decisão da Corte. Propõe o Ministro Gilmar Mendes uma *mutação constitucional* do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, para limitar o ato político da Alta Câmara do Congresso Nacional à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade, que já se revestiria, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante.

Na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/ACRE, o Ministro Gilmar Mendes, na condição de Relator, votou no sentido de dar provimento à referida medida e reconhecer a eficácia "erga omnes" da decisão do STF prolatada, em controle concreto, no HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.2.2006, DJ de 1º.9.2006. Com efeito, a mencionada reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em

136. Para uma maior apreciação do assunto, vide o nosso 'O Princípio do *Stare Decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 73-98, 2007. Confrontar também: DIDIER, Fredie. 'O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito brasileiro'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 99-113, 2007.

face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réus que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. O reclamante alega o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos").

Entendeu o Ministro Relator que a "A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas".¹³⁷

137. A Reclamação nº 4.335-5/ACRE ainda não foi julgada pelo STF. O voto do Ministro Gilmar Mendes foi proferido na Sessão de Julgamento de 01 de fevereiro de 2007, na qual o Ministro EROS GRAU pediu vista do processo e o devolveu em 27 de março de 2007. Até o fechamento desta edição não havia data certa para o prosseguimento do julgamento. Na Reclamação em tela, conclui o Ministro Gilmar Mendes: "Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n. 16/65 e sob a Carta de 1967/69. No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiossincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9.756, de 17.12.1998). Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que

no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o Relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava *'em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira'*, ressaltando que se cuidava *'de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial'*. E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retirem do instituto da "suspensão da execução da lei pelo Senado Federal" significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem *efeito transcendente* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica *mutação constitucional* em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9.756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, §1º A). De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão

proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes. Explique-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988. A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, *"apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos"*. Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples *dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - *publicação a cargo do Chanceler Federal*, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm *força de lei* (*Gesetzeskraft*) [Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê. Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assumira a sua real eficácia jurídica. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e - permita-nos dizer - ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal. Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele - Tribunal - definir os efeitos da decisão. No caso em apreço, concedi medida liminar em *habeas corpus* de ofício, em decisão de 21.8.2006, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, nos seguintes termos, na parte em que interessa: *"A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento HC 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (acórdão pendente de publicação). Nessa assentada, ocorrida na sessão de 23.2.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. (...) Segundo salientei na decisão que deferiu a medida liminar, o modelo adotado na Lei n. 8.072/1990 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC 82.959/SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Em síntese, o §*

1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. Parece inequívoco, ademais, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade. Entretanto, apenas para que se tenha a dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC 82.959-SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas em sede de medida liminar, no HC 88.231/SP, DJ de 20.3.2006, 'verbis': "Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou, 'incidenter tantum', a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 25.7.1990, afastando, em consequência, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado pela norma legal em referência. Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, explicitou que a declaração incidental em questão não se reveste de efeitos jurídicos, inclusive de natureza civil, quando se tratar de penas já extintas, advertindo, ainda, que a proclamação de inconstitucionalidade em causa - embora afastando a restrição fundada no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 - não afeta nem impede o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP art. 66, III, 'b'), a significar, portanto, que caberá ao próprio Juízo da Execução avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, e tendo presente o que dispõe o art. 66, III, 'b', da LEP, nada mais fez senão respeitar a competência do magistrado de primeiro grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão, eis que não assiste a esta Suprema Corte, mediante atuação 'per saltum' - o que representaria inadmissível substituição do Juízo da Execução -, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancia, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência. Tal observação põe em relevo orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou em torno da inadequação do processo de 'habeas corpus', quando utilizado com o objetivo de provocar, na via sumariíssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva subjacentes à determinação do regime prisional inicial ou condicionadores da progressão para regime penal mais favorável (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550, v.g.). Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei n. 10.792/2003 - que alterou o art. 112 da LEP, para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, mediante decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568): '(...) II - A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária. III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaria a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. (...)'. (HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP - grifei). A lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, parágrafo único, do CP)'. (RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI - grifei). A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico - cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente - reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia 'ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado' (RT 613/278). As considerações ora referidas, tornadas indispensáveis em consequência do julgamento plenário do HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, evidenciam a impossibilidade de se garantir, notadamente em sede cautelar, o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável. Cabe registrar, neste ponto, que o entendimento que venho de expor encontra apoio em recentíssimo julgamento da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de progressão de regime

6. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1. O controle concentrado de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Considerações gerais e natureza da questão constitucional

A jurisdição constitucional no controle concentrado logrou despontar-se no direito brasileiro, embora timidamente, a partir da Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita exclusivamente à competência decisória do Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º), nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* da Constituição da época (ditos *princípios constitucionais sensíveis*).

Contudo, foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instalou definitivamente no Brasil o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade por ação), nos moldes do sistema europeu, de competência reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe ao magistrado de primeira instância proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena." (HC 88.231/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20.3.2006). Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Em sessão do dia 7.3.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC 86.224/DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os 'habeas corpus' que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos. Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC 85.677/SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.3.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os 'habeas corpus' que se encontrem na mesma situação específica. Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de 'habeas corpus' de ofício, "sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...)." Nesses termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação. (...) (fl.33-44). Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente reclamação, para cassar decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados acima mencionados. Nesta extensão da procedência da reclamação, caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados (pacientes) atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico."

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias deste sistema de controle, com o que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma *fiscalização abstrata* das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma *ação direta*, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de *questão principal*, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental¹³⁸ – é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

6.2. Conceito e tipos de inconstitucionalidade

Segundo anotou Jorge Miranda¹³⁹, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma *relação*: uma *relação*, respectivamente, de conformidade e desconformidade que se estabelece entre a *Constituição* e o *comportamento estatal*. O primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é, pois, a Constituição, porém não na sua globalidade ou em bloco, mas, sim, por referência a uma norma certa e determinada. Nesse particular, a inconstitucionalidade se caracteriza pela violação, uma a uma, da norma constitucional. O segundo termo da relação

138. Como ao diante analisaremos, a chamada ADPF incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99, é uma ação direta que leva ao STF o exame de uma controvérsia concreta, ocorrente em sede difusa, acerca de lesão a preceito fundamental.

139. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 310-316

de inconstitucionalidade é o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (uma ação), como negativo (uma omissão), na medida em que haverá inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional como em razão da inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina um agir. Esse comportamento estatal – positivo ou negativo – pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto. A relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, todavia, há de ser necessariamente *direta*, que se traduza exatamente numa violação direta e imediata de uma norma constitucional.

Com razão o autor. Com efeito, quando se abordou o tema relacionado à supremacia constitucional, como aspecto inerente às Constituições rígidas, viu-se que ela implica o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos do poder público, que exige que todos os atos estatais, comissivos ou omissivos, normativos ou não, sejam conformes, formal e materialmente, com os preceitos contidos na Constituição. Ou seja, os atos do poder público só estarão conformes à Constituição e, conseqüentemente, só serão constitucionais, quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais¹⁴⁰.

Mas saber se toda Constituição propicia o reconhecimento de uma inconstitucionalidade equivale a saber se sofre gradações a força vinculante de suas normas, consoante as qualidades que umas tenham e outras não tenham, em virtude dos sistemas em que estejam integradas. É nesse contexto que ocorre falar na distinção entre Constituições rígidas e flexíveis. Consoante escólio de Jorge Miranda, o critério desta distinção reside na posição ocupada pela Constituição perante as leis em geral. Se ela se coloca acima destas, numa posição de supremacia, evidentemente que se considera rígida, por ser solene e se submeter somente a processo agravado para sua alteração (emenda ou revisão constitucional). Ao revés, se se encontra no mesmo plano das leis em geral, sem posição de supremacia ou forma especial que a distinga destas, ela decerto é flexível. Nesse passo, apenas as Constituições rígidas ensejam o fenômeno da inconstitucionalidade das leis, “porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições”.¹⁴¹

140. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 826.

141. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 37.

Enfim, a desconformidade dos atos ou omissões do poder público com a Constituição rígida, ou a sua incompatibilidade vertical, como preferem chamar alguns autores¹⁴², enseja o reconhecimento científico do fenômeno jurídico da inconstitucionalidade. Mas não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional para os efeitos de seu controle abstrato. Primeiro, porque a inconstitucionalidade é exclusiva dos comportamentos do poder público, não se cogitando em falar de inconstitucionalidade de atos dos particulares, ainda que normativos¹⁴³. Segundo, porque o descompasso dos atos do poder público com a Constituição há de ser *direto e imediato*, pois não há falar em “inconstitucionalidade indireta ou mediata”, que nada mais é do que uma ilegalidade, inconfundível com a noção rigorosa e científica de inconstitucionalidade. Admitir-se o contrário levaria a considerar que todas as questões de invalidade normativa seriam questões constitucionais, o que é inconcebível.

Por isso mesmo, Marcelo Figueiredo, após reconhecer que o problema da inconstitucionalidade das leis circunscreve-se às relações intra-sistemáticas entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, afirma que “só as relações *imediatas* entre normas constitucionais e normas legais (*lato sensu*) são levadas em conta nesta abordagem”.¹⁴⁴ Nessa perspectiva conceitual, pode-se dizer que só há inconstitucionalidade quando houver uma relação *imediata* de incompatibilidade vertical entre um ato e as normas constitucionais. Isso significa que, se um ato do poder público estiver em desconformidade com a lei, ele é ilegal, ainda que mediatamente viole a Constituição; se estiver em desconformidade imediata com a Constituição, ele é inconstitucional.

Essa distinção não só é importante sob o ponto de vista do rigor terminológico e científico, como para se delimitar o campo de incidência do controle concentrado de constitucionalidade e do exercício da jurisdição constitucional abstrada pelo Supremo Tribunal Federal.

A idéia de inconstitucionalidade, portanto, decorre do princípio da hierarquia das normas jurídicas, em vista do qual as normas inferiores haurem seu fundamento de validade nas normas superiores. Como na ordem jurídica interna a Constituição é a norma jurídica suprema, a matriz de todas as

142. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 49. Para esse autor, a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*.

143. Essa afirmação comporta temperamentos. Com efeito, em face do reconhecimento da eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais, é possível falar em inconstitucionalidade por violação a direito fundamental decorrente de ato particular.

144. *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*, p. 72.

outras manifestações normativas do Estado, qualquer norma que a venha diretamente contrariar é tida como inconstitucional, expondo-se à invalidação. Mas é relevante esclarecer que só haverá inconstitucionalidade quando houver conflito com alguma norma específica da Constituição, “embora se considere, para esse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado”.¹⁴⁵ Assim, em relação a preceito expresso da Constituição, não se deve atender, apenas, ou prevalentemente, à letra do texto, mas procurar o sentido, o espírito e o real significado e alcance da norma. Desse modo, se “a lei ordinária é incompatível com a *mens legis* de alguma prescrição do Estatuto Político, a inconstitucionalidade é irrecusável”. Porém, quando a incompatibilidade ocorre com o ‘espírito’ que anima a Constituição, sem que se possa apontar nenhuma norma constitucional violada pela lei impugnada, a questão é assaz duvidosa, máxime diante de uma Constituição eclética¹⁴⁶, de que é exemplo a Constituição brasileira. No mesmo sentido apontam as lições de Meirelles Teixeira, segundo o qual a “alegação de inconstitucionalidade deve, portanto, fundar-se na violação de determinado preceito ou princípio, *expresso* ou *implícito* da Constituição, não no seu espírito, como um todo”.¹⁴⁷

A inconstitucionalidade, porém, não mais se cifra aos atos comissivos do poder, pois a exigência da conformidade das situações jurídicas com os ditames constitucionais, como decorrência natural da supremacia constitucional, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige-se mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional, apurável pela via do controle de inconstitucionalidade por omissão.¹⁴⁸ Assim, há transgressão da Constituição tanto quando se faz o que ela proíbe, como quando se deixa de fazer o que ela impõe. Isso conduz à reflexão de que o princípio da constitucionalidade ou conformidade com a Constituição transporta duas dimensões – o princípio da constitucionalidade positiva e o princípio da constitucionalidade negativa – o que pressupõe a existência de limites negativos e de diretivas positivas aos órgãos de direção política.¹⁴⁹

Pode-se até entender que, no constitucionalismo liberal, a omissão dos poderes públicos era a melhor garantia de respeito à esfera individual do

cidadão. Todavia, essa concepção perde totalmente o sentido quando o Estado, já sob as vestes do Estado do Bem-Estar Social, assume, jurídica e politicamente, a responsabilidade de assegurar um grau ótimo na realização das necessidades sociais, de tal modo que a intervenção dos poderes públicos representa, nesse novo paradigma de Estado, uma condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais ou de segunda dimensão, contra os quais a omissão dos poderes apresenta-se como uma das mais odiosas formas de violação da supremacia da Constituição.

A inconstitucionalidade, ou seja, a desconformidade direta e imediata do comportamento estatal com a Constituição, ainda pode apresentar-se sob diferentes tipos, a saber: a) *inconstitucionalidade formal* e *inconstitucionalidade material*; b) *inconstitucionalidade total* e *parcial*; c) *inconstitucionalidade originária* e *superveniente*; d) *inconstitucionalidade antecedente* (ou imediata) e *conseqüente* (ou derivada); e e) *inconstitucionalidade progressiva*.

A inconstitucionalidade formal compreende a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal propriamente dita. A inconstitucionalidade orgânica decorre do vício de incompetência do órgão de onde provém o ato normativo (ex.: Diz a Constituição, no art. 93, que o Estatuto da Magistratura é de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Se algum Deputado ou Senador, ou o Presidente da República, ou mesmo um outro Tribunal apresentar um projeto de lei complementar para aquele fim, este, ainda que regularmente aprovado, sancionado, promulgado e publicado, é inconstitucional, por vício de iniciativa, em face da incompetência do órgão). Tão drástica é essa inconstitucionalidade, que o STF tem entendido que a sanção a projeto de lei com vício de iniciativa não tem o condão de saná-lo.¹⁵⁰

A inconstitucionalidade formal (propriamente dita) decorre da inobservância do procedimento legislativo fixado na Constituição (ex.: Uma lei complementar aprovada com o *quórum* de maioria simples, quando a Constituição exige, no art. 69, a maioria absoluta).

A inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo do ato normativo. É materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras da Constituição. Todas as normas da Constituição, por serem imperativas, servem de paradigma *material* para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, sejam elas expressas ou implícitas, desde que determinadas.

145. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*, p. 55.

146. *Ibidem*, p. 54.

147. *Op. cit.*, p. 380.

148. SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 48.

149. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente...*, *op. cit.*, p. 479.

150. Adin 103-RO, Rel. Min. Sidney Sanches, DJU de 15.12.95; Adin 873-1-RS, Rel. Min. Maurício Correia, DJU de 22.08.97, entre outros.

A inconstitucionalidade é total quando o vício contamina todo o ato normativo. É parcial quando a mácula atinge o ato apenas em parte, podendo ser um artigo, um parágrafo, um inciso ou uma alínea do texto legal, ou mesmo uma expressão de qualquer um destes, não incidindo, aqui, a vedação do § 2º¹⁵¹ do art. 66 da Constituição Federal de 1988.

Em regra, a inconstitucionalidade formal ataca todo o ato. Assim, se um determinado ato foi editado por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou com violação ao seu procedimento de elaboração (inconstitucionalidade formal propriamente dita), ele é, em princípio, totalmente inconstitucional.

Mas, como adverte Clèmerson Merlin Clève¹⁵², há situações em que a não observância da norma constitucional que fixa procedimento ou competência dá lugar a uma inconstitucionalidade apenas parcial. Isso se verifica, por exemplo, quando uma lei ordinária, disciplinando matéria própria desse tipo de lei, dispõe, por meio de um de seus artigos, de matéria reservada à lei complementar. Nessa hipótese, haverá a inconstitucionalidade formal apenas deste artigo usurpador da reserva constitucional. Nesse sentido, como esclarece Jorge Miranda, não é apenas a inconstitucionalidade material que pode ser total ou parcial. Também a inconstitucionalidade formal pode sê-lo, pois se "é certo que estas afectam o acto em si, não menos seguro é que, afectando-o, vão projectar-se no seu resultado, designadamente na norma que seja seu conteúdo".¹⁵³ Como exemplo, o autor lembra que há inconstitucionalidade orgânica parcial quando um ato provém de um órgão que não poderia editar algumas das normas nele contidas.

Ainda de referência à inconstitucionalidade parcial, tem admitido a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a existência de situações em que a inconstitucionalidade parcial implica na nulidade total do ato. E isso ocorre quando: 1) em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo, ou 2) quando a norma inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação.¹⁵⁴

É originária a inconstitucionalidade quando ela surge com o simples nascimento do ato, comprometendo-se desde a origem. Ou seja, quando o ato já nasce inconstitucional, por violar a norma constitucional em vigor.

151. "O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea".

152. Op. cit., p. 49.

153. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 340.

154. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 49/50.

É superveniente quando se manifesta posteriormente em face de uma alteração constitucional, de uma renovada interpretação da Constituição ou, ainda, em virtude de mudança nas circunstâncias fáticas¹⁵⁵. Ou seja, o ato nasce constitucional à luz do texto constitucional em vigor, porém vem a padecer, em momento posterior, de inconstitucionalidade em razão de não ter sido recepcionado pela nova Constituição ou em face de emenda à Constituição já existente. Nesse particular, é importante tecer algumas considerações, para distinguir entre inconstitucionalidade formal superveniente e inconstitucionalidade material superveniente. Haverá a primeira, quando o ato normativo anterior seguiu um procedimento diverso (na época previsto como o correto) ou foi editado por um órgão distinto (na época o competente para a edição do ato) em face da novel norma constitucional. Haverá a segunda, quando o ato anterior (materialmente conforme à Constituição da época) não se compatibiliza com o novo conteúdo da norma constitucional.

Não se tem admitido, em princípio, a inconstitucionalidade formal superveniente. Ou seja, aceita-se a norma anterior que, inobstante formalmente em contradição com a nova norma constitucional, com esta se compatibiliza materialmente, a dizer, não haverá a chamada inconstitucionalidade formal superveniente (ex.: O CTN, não obstante editado na ordenação constitucional anterior como lei ordinária, é considerado pela Constituição vigente como lei complementar; o Código Penal, que era um decreto-lei, foi recebido como lei ordinária, etc.).

Em sentido inverso, o ato normativo anterior incompatível materialmente com a nova norma constitucional será automaticamente atingido pela inconstitucionalidade material superveniente. No caso do direito brasileiro, isso se resolve pela consequência prática da revogação tácita, não se falando, na hipótese, de controle abstrato da constitucionalidade daquele ato¹⁵⁶. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional ou de promulgação de nova Carta, implicará, não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação. Esse entendimento do Supremo, todavia, está fadado à superação, pelo menos no que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99.

155. Ibidem, p. 54.

156. Contudo, com o advento da Lei nº 9.882/99 (art. 1º, parágrafo único), é possível, na hipótese, o controle concentrado de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A inconstitucionalidade antecedente ou imediata decorre da direta e imediata violação de uma norma constitucional.

Já a conseqüente ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade imediata. Vale dizer, é a que atinge certo ato por atingir outro ato de que ele depende. Cuida-se, na hipótese, da chamada inconstitucionalidade *por arrastamento* ou *por atração*¹⁵⁷. Assim, como explica Clèmerson Merlin Clève, será inconstitucional a norma dependente de outra norma declarada inconstitucional e pertencente ao mesmo diploma legislativo. Haverá, igualmente, a inconstitucionalidade conseqüente quando houver uma norma que encontra o seu fundamento de validade em outra norma ou mantém relação de dependência com um terceiro ato já declarado inconstitucional. “É a situação, por exemplo, do regulamento em relação à lei; da lei em relação à medida provisória (no caso de conversão) ou da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional)”¹⁵⁸.

A inconstitucionalidade progressiva ocorre quando uma lei ou norma, ainda constitucional, transita progressivamente para o terreno da inconstitucionalidade, em razão da superveniente modificação de determinado estado fático ou jurídico. Vale como exemplo o que restou configurado acerca do art. 68 do CPP¹⁵⁹ diante dos artigos 127 e 134 da Constituição Federal de 1988. Entendeu o STF no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá, íntegra, na condição de *norma ainda constitucional* – que configura um transitório estágio intermediário, situado “entre os estados de plena constitucionalidade e de absoluta inconstitucionalidade” –, a regra inscrita no art. 68 do CPP, mesmo que sujeita, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização. Conferir o julgamento do RE 147.776-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, realizado pela Colenda Primeira Turma do STF (RTJ 175/309-310):

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis.

157. “Não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado artigo 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao ‘princípio do pedido’ e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou ‘atração’, já que o citado dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional.” (ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/05/05).

158. Op. cit., p. 56.

159. “Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 4) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C.Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.”

Examinados o conceito e os tipos de inconstitucionalidades, concentremo-nos, doravante, na identificação, no direito brasileiro, das ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade.

6.3. A provocação do controle concentrado-principal de constitucionalidade: As Ações Diretas

Em face de sua nova configuração constitucional, o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pode ser provocado, pela via principal, por meio das seguintes *ações diretas*: (a) a *ação direta de inconstitucionalidade por ação* (ADI por ação); (b) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADI por omissão ou ADO); (c) a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (ADI interventiva ou Representação Interventiva); (d) a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC) e (e) a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF).

A Constituição de 1988, outrossim, autorizou os Estados instituírem um sistema de controle concentrado de constitucionalidade de suas leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de suas Constituições Estaduais, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, tanto por ação como por omissão, de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, vedando apenas a legitimidade para agir a um único órgão (art. 125, § 2º). Ademais, ficou franqueada aos Estados a criação da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, também de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV, primeira parte).

O controle concentrado-principal de constitucionalidade distingue-se fundamentalmente do controle difuso-incidental. Diz-se *concentrado*, porque só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, e não por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Chama-se *principal*, porque só pode ser provocação mediante a propositura de ações especiais e diretas que veiculam as questões constitucionais como o próprio objeto ou pedido principal da demanda, e não como simples fundamento ou causa de pedir de alguma pretensão. No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente (Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais de Justiça, a depender da hipótese) uma fiscalização *abstrata* ou *em tese* da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional.

Não há, aqui, o desígnio voltado à resolução de alguma controvérsia ou litígio travado entre partes definidas em um caso concreto. Há, tão-somente, a *defesa objetiva da Constituição*, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo do poder público e a norma fundamental. No Brasil, esse controle é exclusivamente sucessivo¹⁶⁰.

As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de *ação objetiva*, que instauram um *processo objetivo*¹⁶¹, por meio do qual será dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por meio delas, qualquer conflito de interesse. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não há contenda, não há disputa ou tutela de direitos subjetivos, enfim, não há pretensão resistida. Há, tão-somente, já sublinhamos, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade. Por isso mesmo, uma vez proposta a ação direta, não se admitirá desistência¹⁶². Descabe, inclusive, a arguição

160. Embora o Supremo Tribunal Federal entenda incabível o controle abstrato preventivo, já deixamos registrado o nosso entendimento, com supedâneo na melhor doutrina, favorável à sua possibilidade.

161. Na ADC n. 1-1/DF, o Relator, Min. Moreira Alves, assim asseverou: "Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados" (In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196). Vide J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 835: "O controle abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a 'defesa da constituição' e da 'legalidade democrática' através da eliminação de actos normativos contrários à constituição".

162. Lei nº 9.868/99, art. 5º: "Proposta a ação direta, não se admitirá desistência". Antes mesmo dessa lei, o Supremo já havia assentado que "dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de

de suspeição¹⁶³, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros¹⁶⁴, por qualquer de suas modalidades¹⁶⁵. Ressalte-se, porém, que é possível a assistência entre os próprios legitimados ativos, com exceção daquele legitimado que, eventualmente, esteja figurando, no processo concreto, como parte ré¹⁶⁶. E, finalmente, não comporta ação rescisória¹⁶⁷.

É importante também enfatizar, que nas ações objetivas do controle concentrado-principal, o órgão judiciário competente, apesar de encontrar-se

inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a causa *petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal; pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado; não se admite a assistência; não é cabível ação rescisória" (ADC n. 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Coords. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197).

163. ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/05: "Fiscalização normativa abstrata – processo de caráter objetivo – inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição – consequente possibilidade de participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral. O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, *in abstracto*, de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em consequência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público." Vide, também, AdinMca 1354-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.02.96. Todavia, no que tange à arguição de impedimento, esta é possível se o magistrado houver atuado no processo como requerente, requerido, Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República (RTJ 146:3 e 147:719). Assim, vide ADI 4, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/06/93: "Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIN, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da Corte, do julgamento final da ação."

164. Lei nº 9.868/99, art. 7º: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade". O STF já vinha decidindo nesse sentido (conferir: ADIN 1254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.08.96, DJU de 19.09.97). Porém, no § 2º desse artigo, dispõe a lei que: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

165. O STF já vinha decidindo que o "instituto da oposição (CPC, arts. 56/61), por restringir-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos, não se estende e nem se aplica ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade" (ADIN 1350, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.06.95).

166. Conferir, a propósito, a ADIN 807-2 (QO), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.05.93, DJU de 11.06.93.

167. Lei nº 9.868/99, art. 26: "A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória".

condicionado pelo pedido¹⁶⁸, não fica preso ou limitado à causa de pedir apontada pelos legitimados. De fato, no controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos do poder público, o pedido delimita o objeto da ação, de modo que o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais de Justiça dos Estados, se se tratar de controle das leis ou atos municipais ou estaduais em face da Constituição Estadual) só pode apreciar os atos normativos questionados. Mas, por outro lado, o órgão judiciário competente é livre para examinar as normas constitucionais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionado pelos fundamentos do pedido, deduzidos pelo requerente, tendo em vista que a causa de pedir, nas ações diretas, é *aberta*¹⁶⁹.

Assim, não está a Suprema Corte adstrita à fundamentação jurídica invocada na ação direta, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal. Isso quer dizer que, embora cumpra ao proponente da ação direta proceder à abordagem específica (logo, não poderá fazê-lo de forma genérica), sob o ângulo da causa de pedir, das normas constitucionais violadas, o certo é que, na linha da jurisprudência pacífica do STF¹⁷⁰, nas ações diretas, cujo processo é objetivo, a *causa petendi* pode ser desconsiderada e substituída por outra, por iniciativa do próprio Tribunal.

Para além disso, ainda em face da natureza objetiva do processo abstrato de controle da constitucionalidade dos atos normativos, as ações diretas têm natureza dúplice. Isso significa que, julgando improcedente o pedido e sendo, por conseguinte, rejeitada a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade invocada, o Supremo Tribunal Federal deverá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo questionado.¹⁷¹

168. Cuida-se do princípio do pedido. Ver Juliano Taveira Bernrades, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, p. 402.

169. ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/03/01: "O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não-conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais."

170. AdinMca 1358-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 26.04.1996; AdinMca 1606-SC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 31.10.1997.

171. A Lei nº 9.868/99, art. 24, assim dispõe: "Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória".

Enfim, cada uma das ações diretas desempenha uma função importante no contexto da defesa objetiva da Constituição. Num panorama geral, e relativamente à *ADI por ação* e à *ADC*, cumpre esclarecer que, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por ação busca-se *eliminar* do sistema uma lei ou ato normativo em contraste com a Constituição, com a pronúncia de sua inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, por outro lado, procura-se a *preservação* de uma lei ou ato normativo federal, cuja inconstitucionalidade está sendo suscitada na via difusa, com a declaração de sua constitucionalidade. Já no que toca à *ADI por ação* e à *ADI por omissão (ADO)*, a diferença reside no fato de a primeira destinar-se a *suprimir* (invalidar) a norma lesiva a Constituição e a segunda a *suprir* a omissão ou ausência da norma ou de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Ademais, a *ADI interventiva (Representação Interventiva)* distingue-se da *ADI genérica* (por ação ou por omissão), em razão da primeira preordenar-se a sancionar politicamente o Estado (ou Distrito Federal), com a *intervenção federal* e a conseqüente supressão de sua autonomia política, pela não observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis. Por fim, a novel *ADPF* não se confunde com as demais ações diretas, por ostentar, relativamente a estas, um caráter subsidiário, além de se limitar à defesa das normas constitucionais que se qualificam como preceitos fundamentais.

7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

7.1. Origem, conceito e finalidade

A ação direta de inconstitucionalidade foi criada pela EC nº 16/65, à Constituição de 1946, como uma *representação* contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador Geral da República para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Em face da nítida natureza de ação, a Constituição de 1988, explicitamente, a denominou de ação direta de inconstitucionalidade, ao estabelecer, no art. 102, inciso I, alínea "a", que compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processar e julgar, "a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".¹⁷²

Cuida-se de uma ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade concebida para a *defesa genérica* de todas as normas constitucionais,

172. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (...)"

sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público. Por isso mesmo é também conhecida como *ação genérica*.

Em face dela, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma *fiscalização abstrata*, em virtude da qual a Corte examina, diante do pedido de inconstitucionalidade formulado, se a lei ou o ato normativo federal ou estadual impugnado contraria ou não uma norma constitucional. Essa apreciação do Supremo, longe de envolver a análise de caso concreto, limita-se a investigar a existência da antinomia normativa apontada.

Não há lide, nem partes confrontantes. Por meio dela não se compõem conflitos de interesses. O seu fim é resolver a suposta incompatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição, sempre em benefício da supremacia constitucional. Com a propositura da ação direta de inconstitucionalidade se inicia um *processo objetivo* destinado a eliminar do sistema jurídico a lei ou ato normativo impugnado que contraria uma norma constitucional.

7.2. Legitimidade *ad causam*

Dada a natureza objetiva do processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade, não é qualquer pessoa que pode promover a ação direta de inconstitucionalidade¹⁷³. A Constituição Federal de 1988 conferiu legitimidade ativa tão-somente a algumas autoridades, órgãos e entidades para propor a ação em tela perante o órgão judiciário competente.

É inegável, todavia, que houve uma grande inovação e um significativo avanço democrático patrocinado pela Constituição de 1988, ao quebrar o monopólio que detinha o Procurador-Geral da República para promover a ação direta de inconstitucionalidade e abrir tal oportunidade a outras autoridades, órgãos e entidades, conferindo-lhes legitimidade para suscitarem a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal na defesa objetiva da integridade da Constituição.

Impende ressaltar, todavia, que os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade não são considerados partes, pelo menos do ponto de vista material, uma vez que, nessa ação de nítido caráter objetivo, inexistem partes e quaisquer litígios referentes a situações subjetivas ou individuais, como acima sublinhado. Pode-se dizer, apenas, que esses

173. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 835: "Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades".

legitimados são partes meramente formais, por encontrarem-se incumbidos pela ordem jurídica da responsabilidade de argüirem judicialmente a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público. Tampouco podem ser consideradas partes passivas os responsáveis pela elaboração do ato questionado, haja vista que as ações diretas não são propostas *contra* alguém ou determinado órgão, mas sim *em face* de uma lei ou ato normativo supostamente considerado inconstitucional.¹⁷⁴

Também não pode ser considerada parte passiva nas ações diretas, o Advogado-Geral da União, a despeito do que dispõe o § 3º do art. 103 da Constituição Federal, que determina sua "citação" prévia para defender obrigatoriamente o ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

A posição do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por ação é, segundo esclarece o Supremo Tribunal Federal, de *curador da presunção de constitucionalidade da lei*, devendo, pois, obrigatoriamente, defender o ato impugnado. Essa posição do AGU (de defensor incondicional de todo e qualquer ato impugnado na Adin), não raro causa espécie, tendo em vista que, muitas vezes, terá ele de defender atos em desfavor da própria União Federal a qual lhe compete representar. Cite-se, como exemplo, um ato normativo emanado de Estado-membro, impugnado em sede de ação direta por haver usurpado competência da União. O AGU, mesmo assim, terá a obrigação de defendê-lo. Mas não é só. Segundo dispõe o art. 131 da Constituição, ao AGU também cabe prestar consultoria e assistência jurídica ao Poder Executivo. Suponha-se, agora, um ato normativo impugnado pelo Presidente da República em ação direta de inconstitucionalidade, fundado, inclusive, em parecer do AGU. O AGU também deverá defender esse ato.

Como conciliar, então, a atividade de representante judicial ou extrajudicial da União ou de consultoria e assistência jurídica do Poder Executivo com essa posição de defensor implacável de todos os atos impugnados por ação direta de inconstitucionalidade? Segundo o Supremo Tribunal Federal, não há, na hipótese, contradição alguma entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, estabelecida no art. 131 da Constituição, e o da defesa do ato impugnado em Adin, quando funciona como curador especial. Isso porque, na primeira situação, o AGU age na condição de representante e consultor jurídico do Poder Executivo da União e, na segunda, na condição de curador da presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos.¹⁷⁵

174. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 159.

175. Vide Adin 97-7, RT 670:200.

Sem embargo disso, e relativamente à obrigatoriedade da defesa da lei ou do ato impugnado, o Supremo Tribunal Federal passou a abrandar a norma insculpida no § 3º do art. 103 da Constituição Federal em situação relativamente à qual já exista jurisprudência pacífica da Suprema Corte entendendo a lei ou o ato inconstitucional. Com efeito, na ADIN 1.616, considerada o *leading case* no tema, o Supremo entendeu que “O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”.¹⁷⁶

A atuação do AGU de curador especial do ato normativo atacado estende-se aos atos estaduais. Vale dizer, o AGU deve obrigatoriamente defender o ato impugnado, ainda que este seja estadual, com a ressalva acima.

Feitas essas considerações, importa agora examinar quem são os legitimados, ou *requerentes*, para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, em conformidade com a art. 103 da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade pode ser proposta pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa do Estado ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

Muito embora a Constituição não faça qualquer distinção entre os legitimados para a propositura da Adin, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷ tem restringido a legitimidade do Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional, para lhes exigir a chamada *pertinência temática*, ou seja, a demonstração do *interesse de agir*, diante da necessidade da demonstração de uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os interesses defendidos por esses legitimados.¹⁷⁸ De referên-

176. ADIN 1.616-PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24/08/01.

177. Vide, entre outras, ADinMca 1096-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 22.09.1995; ADinMca 1519-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13.12.1996.

178. ADIN 1.507-MC-Agr, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97. “A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305

cia ao Governador do Estado e da Mesa da Assembléia Legislativa, exige-se, para o cumprimento do requisito da pertinência temática, que a lei ou o ato normativo impugnado diga respeito ou atinja, de algum modo, às respectivas coletividades políticas. Já em relação à confederação sindical e à entidade de classe de âmbito nacional, impõe-se a comprovação da adequação temática entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada.

Por outro lado, para o Supremo Tribunal, como o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional têm interesse em preservar a Constituição em face mesmo de suas próprias atribuições institucionais, não é de se lhes exigir a pertinência temática.

Assim, em razão da orientação jurisprudencial do STF, há dois tipos de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade: a) os *legitimados universais*, que não precisam satisfazer o requisito da pertinência temática, são eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional, e b) os *legitimados não universais* ou *especiais*, que necessitam demonstrar o interesse de agir, ou seja, a adequação temática, são eles: Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem firmado uma jurisprudência restritiva, para deixar assentado que:

- a) na área sindical, só as Confederações, e constituídas na forma do art. 535 da CLC (ou seja, que têm na sua composição, pelo menos, três Federações), têm legitimidade para a propositura da ADI, excluídas as Federações sindicais, ainda que de âmbito nacional¹⁷⁹. Ademais, é importante esclarecer que as Centrais sindicais não se confundem com as Confederações, não ostentando, em consequência, legitimidade para propor a instauração do controle abstrato de constitucionalidade¹⁸⁰.

(RT) 153/428; ADI 1.151 (DJ de 19/05/95); ADI 1.096 (LEX-STF, 211/54); ADI 1.519, julg. em 06/11/96; ADI 1.464, DJ 13/12/96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta.”

179. ADIN 505-7, RT 677/240.

180. Nesse sentido, conferir: “União Geral dos Trabalhadores (UGT). (...) Mantida a decisão de reconhecimento da inaptidão da agravante para instaurar controle abstrato de normas, visto não se amoldar

- b) em relação aos partidos políticos, só os Diretórios Nacionais podem agir em nome da agremiação, não os Diretórios Regionais, mesmo que se trate de lei local¹⁸¹. Ademais, vinha o Supremo Tribunal Federal entendendo que a perda superveniente da representação parlamentar acarretava a perda da legitimidade *ad causam* do partido político, com a extinção da ação¹⁸². Contudo, o Supremo reviu a sua posição, para aceitar a legitimidade do partido, mesmo que, durante a tramitação da ação direta, venha perder a sua representação no Congresso Nacional. Destarte, segundo a Corte, “A perda superveniente de representação parlamentar não desqualifica o partido político como legitimado ativo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.”¹⁸³.
- c) de referência às entidades de classe de âmbito nacional, o Supremo estabeleceu um critério objetivo, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos partidos políticos, para só reconhecer aquelas entidades que possuam associados ou membros em *pelo menos nove Estados da Federação*, além de exigir que os associados ou membros estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional. Para além disso, o Supremo havia firmado o seu entendimento no sentido de negar a legitimidade ativa *ad causam* às

à hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, ‘parte inicial’, da CF. Muito embora ocorrido o reconhecimento formal das centrais sindicais com a edição da Lei 11.648/2008, a norma não teve o condão de equipará-las às confederações, de modo a sobrelevá-las a um patamar hierárquico superior na estrutura sindical. Ao contrário, criou-se um modelo paralelo de representação, figurando as centrais sindicais como patrocinadoras dos interesses gerais dos trabalhadores, e permanecendo as confederações como mandatárias máximas de uma determinada categoria profissional ou econômica.” (ADI 4.224-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 8-9-2011). Também conferir: “Central Única dos Trabalhadores (CUT). Falta de legitimação ativa. Sendo que a autora constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas, não se enquadra ela na expressão – entidade de classe de âmbito nacional –, a que alude o art. 103 da Constituição, contrapondo-se às confederações sindicais, porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe. Por outro lado, não é a autora – e nem ela própria se enquadra nesta qualificação – uma confederação sindical, tipo de associação sindical de grau superior devidamente previsto em lei (CLT arts. 533 e 535), o qual ocupa o cimo da hierarquia de nossa estrutura sindical e ao qual inequivocamente alude a primeira parte do inciso IX do art. 103 da Constituição.” (ADI 271, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 6-9-2001.) No mesmo sentido: ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005.

181. Conferir AgRg em ADIN 779-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 08.10.92, DJU de 11.03.94: “Somente Partidos Políticos ‘com representação no Congresso Nacional’ dispõem, ex vi do art. 103, VIII, da Carta Federal, de legitimidade ativa *ad causam* para o controle normativo abstrato. A representação partidária perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do Diretório Nacional do Partido Político, que é - ressalvada deliberação em contrário dos estatutos partidários - o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional”.

182. ADIN 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

183. ADIN 2.159-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/08/04.

entidades de classe que se apresentassem como associação de associações, assim entendidas aquelas entidades que congregam outras entidades menores, ou que possuam composição heterogênea, reunindo, em seu quadro social, pessoas físicas e pessoas jurídicas. Todavia, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento para admitir a legitimidade dessas associações de duplo grau ou de composição heterogênea. Com efeito, a Suprema Corte, na Adin-AgR 3153, Rel. p/ acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.08.2004, modificou completamente o seu entendimento, para reconhecer legitimidade ativa para propositura da Adin às entidades associativas de segundo grau, mais conhecidas como associações de associações¹⁸⁴.

Compartilhamos a opinião segundo a qual, à exceção do Procurador-Geral da República e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, todos os legitimados ativos, sejam universais ou especiais, devem se fazer representar por advogado (salvo se, na hipótese de legitimados pessoas físicas, eles próprios já o sejam), uma vez que somente detêm a legitimidade *ad causam*, não dispondo de capacidade postulatória¹⁸⁵. Vale dizer, o art. 103, em seus incisos, somente confere a legitimidade *ad causam* às autoridades, órgãos e entidades nele referidas e não capacidade postulatória. Todavia, consoante vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, a capacidade postulatória é inerente à legitimidade conferida pelo art. 103, limitada, contudo, às hipóteses dos incisos I a VII¹⁸⁶. Isso quer significar que, segundo o Pretó-

184. Informativo STF nº 356: “O Tribunal concluiu julgamento de agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade no qual se discutia se entidades que congregam pessoas jurídicas consubstanciam entidades de classe de âmbito nacional, para os fins de legitimação para a propositura de ação direta. Tratava-se, na espécie, de agravo regimental interposto pela Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique - FENACA contra decisão do Min. Celso de Mello, relator, que, por ausência de legitimidade *ad causam* da autora, julgara extinto o processo e declarara o prejuízo da apreciação do pedido de medida cautelar - v. Informativo 346. Por maioria, deu-se provimento ao recurso, por se entender que a autora possui legitimidade *ad causam*, haja vista ser entidade de classe que atua na defesa da mesma categoria social, apesar de se reunir em associações correspondentes a cada Estado. Vencidos os Ministros Celso de Mello, relator, e Carlos Britto que mantinham a decisão agravada, salientando a orientação da Corte segundo a qual não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando exclusivamente pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações, nem tampouco as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas. (CF, art. 103: “Podem propor a ação de inconstitucionalidade... IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”). (ADI 3153 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 12.8.2004.)”.

185. No mesmo sentido, CLÉVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 173.

186. ADIN 127-Al (MC), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.11.89, DJU de 04.12.92, p. 23.057: “Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de ordem. Governador de Estado. Capacidade postulatória reconhecida. Medida cautelar. Deferimento parcial. 1. O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente

rio Excelso, têm capacidade postulatória, não necessitando fazer-se representar por advogado, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Contrário sensu*, carecem de capacidade postulatória, devendo fazer-se representar por advogado, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional. Quanto a estes, já decidiu o STF que é imprescindível, na ADIN, “a apresentação de procuração com outorga de poderes específicos para impugnar a norma”¹⁸⁷. A Lei nº 9.868/99, nos parágrafos únicos dos arts. 3º e 14º, ao prescrever que a petição inicial, “quando subscrita por advogado”, deve vir acompanhada de procuração, talvez influenciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite que se faça a distinção acima, entre os legitimados com capacidade postulatória e os sem capacidade postulatória.

7.3. Competência

O controle concentrado de constitucionalidade é aquele que, nos moldes do sistema europeu, só pode ser realizado por um único Tribunal.

No Brasil, a competência para exercer a jurisdição constitucional no controle abstrato ou concentrado-principal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, que fazem às vezes de Tribunais Constitucionais, guardiões, respectivamente, da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, exclusivamente, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal

ou estadual em face da Constituição Federal; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal; a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, visando à intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal (são estes: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde); a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Já aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal competem, com exclusividade, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Estadual; a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, visando à intervenção dos Estados nos seus Municípios para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados nas respectivas Constituições estaduais; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual questionado em face da Constituição do Estado e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Estadual.

Tal situação decorre do modelo de organização política do Estado brasileiro. Como o Brasil é uma Federação, cuja organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (CF/88, art. 18), além da Constituição Federal existem as Constituições dos Estados. Por isso mesmo, a Constituição Federal, no art. 125, § 2º, autoriza aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Desse modo, assim como cumpre a Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal e, em consequência, julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, é intuitivo e lógico que cabem aos Tribunais de Justiça dos Estados a guarda das Constituições dos respectivos Estados e, conseqüentemente, julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

legitimados a instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, *ex vi* da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. 2. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a Constituição da República deferiu ao Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade dessa providência cautelar impõe, por isso mesmo, a constatação, *hic et nunc*, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do periculum in mora. Precedente: ADin n. 96-9 - ro (medida liminar, DJ de 10/11/89)”. No mesmo sentido: ADIN 120-Am (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves, j. em 20.03.96, DJU de 26.04.96.

187. ADIN (QO) 2.187-BA, Rel. Min. Octávio Galloti, j. em 24.05.2000.

De observar-se, por conseguinte, que tanto o Supremo Tribunal Federal como os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são competentes para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *estadual*. Entretanto, quando as leis ou atos normativos estaduais forem contestados em face da Constituição Federal, a competência para apreciá-los será exclusivamente do STF; já quando contestados em face da Constituição do Estado, a competência será dos Tribunais de Justiça.

Questão polêmica refere-se à competência para o julgamento de ação direta que impugna lei ou ato normativo estadual em face de uma norma da Constituição Estadual que *repete* norma da Constituição Federal. Para a solução da *vexata*, cumpre verificar se a norma da Constituição do Estado cuida de “norma de reprodução” ou de “norma de imitação”, na criativa distinção que faz Raul Machado Horta¹⁸⁸. De feito, se se tratar de “norma de reprodução”, isto é, aquela que repete na Constituição Estadual norma da Constituição Federal que o Estado está obrigado a observar, independentemente de sua previsão ou não na Constituição Estadual (Ex.: arts. 34, VII; 35; 145 e 150 da CF/88), a solução adequada seria aquela que apontasse para a competência do STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual que a violasse, porquanto se trata de genuína norma constitucional federal. Porém, se se cuidar de “norma de imitação”, ou seja, aquela que o Estado repete em sua Constituição com teor idêntico à norma da Constituição Federal, o que o faz no gozo de sua autonomia política, pois poderia, inclusive, não observá-la, a resolução apropriada seria a que definisse a competência dos Tribunais de Justiça, uma vez que a norma repetida se trata de autêntica norma constitucional estadual.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, encontrou solução diversa. Admitiu a competência dos Tribunais de Justiça em ambas as hipóteses, com o seguinte diferencial: em relação às “normas de reprodução”, da decisão dos Tribunais de Justiça cabe recurso extraordinário para exame pelo Supremo Tribunal¹⁸⁹; já de referência às “normas de imitação”, a decisão dos Tribunais de Justiça é irrecurável¹⁹⁰. Contudo, se estiverem tramitando

simultaneamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei ou ato normativo estadual lesivo a norma de reprodução, tem o STF fixado a sua competência para suspender o curso da ação direta proposta junto ao Tribunal de Justiça, até o julgamento final da ação direta intentada perante o Supremo, não se cogitando, na espécie, de litispendência ou continência.¹⁹¹

Por fim, ainda se percebe que, em relação às leis ou atos normativos municipais contestados em face da Constituição federal, não há controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, embora possa haver por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, quando a lei ou ato normativo municipal for contestado em face de norma da Constituição Estadual *repetida* da Constituição Federal por força de reprodução obrigatória, cumpre ao Tribunal de Justiça do Estado o julgamento da Adin, com recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal¹⁹². Mas é importante esclarecer que o Tribunal de Justiça só pode realizar a fiscalização abstrata em tela, tendo como paradigma de confronto, exclusivamente, a norma da Constituição do Estado (a *norma repetida*), jamais a norma da própria Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal¹⁹³. Vale dizer, não poderá a

extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente”. No mesmo sentido: RE 0170173, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 11.12.98, p. 00010; RE 0175129, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 26.02.99, p. 00016 e RE 0171343, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 04.06.99, p. 00018.

Neste último RE, ficou assentado o seguinte: “EMENTA: Recurso extraordinário. O Plenário desta Corte, a partir do julgamento da Reclamação 383, firmou o entendimento de que compete ao Tribunal de Justiça estadual julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal impugnada em face de dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que o Tribunal a quo, afastada a preliminar que o levou a extinguir o processo, prossiga no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em causa, como entender de direito”.

191. ADinMca 1423-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22.11.96.

192. Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/05/93: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-Membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.”

193. STF, Rcl 3436 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01.08.2005: “FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE (CF, ART. 125, § 2º). PARÂMETRO ÚNICO DE CONTROLE: A CONSTITUIÇÃO

188. ‘Poder Constituinte do estado-membro’. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 88:5-17, 1988.

189. Nessa hipótese, a decisão do STF fará coisa julgada *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado e abstrato, ainda que a via do RE seja própria do controle difuso (RE 187.142-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 02.10.98 e RE 199281-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.11.98).

190. Recl 383-3-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21.05.93, p. 09765: “EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso

Corte Estadual declarar a inconstitucionalidade tomando como parâmetro de controle a Constituição Federal.

7.4. Parâmetro e objeto

Tendo em vista que a ação direta de inconstitucionalidade apresenta-se como uma ação constitucional destinada à defesa genérica de todas as normas constitucionais, ela tem por parâmetro toda a Constituição, englobando as normas da parte permanente e da parte transitória do texto constitucional.

No entanto, o seu objeto é restrito, compreendendo apenas as *leis* e os *atos normativos do poder público*. Ficam excluídos desta ação, por conseguinte, os atos normativos de natureza privada (convenções, regulamentos de entidades associativas, etc.) e os atos concretos, ainda que estes últimos provenham do poder público.

Todavia, embora a Constituição Federal se refira somente à *normatividade* dos atos do poder público, nada mencionando a respeito das leis (se de efeitos abstratos ou concretos), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha considerando que os atos do poder público – para se submeterem à fiscalização pela via da ação direta de inconstitucionalidade por ação e da ação declaratória de constitucionalidade¹⁹⁴ – devem ter, necessariamente,

DO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO OU, QUANDO FOR O CASO, A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, TRATANDO-SE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL "IN ABSTRACTO" DO ESTADO-MEMBRO (OU DO DISTRITO FEDERAL), DE ERIGIR-SE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA À CONDIÇÃO DE PARADIGMA DE CONFRONTO. A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO FORMAL, AO TEXTO DA CARTA LOCAL, DE NORMAS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. "ESTADUALIZAÇÃO", NESSA HIPÓTESE, DE TAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS, NÃO OBSTANTE O SEU MÁXIMO COEFICIENTE DE FEDERALIDADE. LEGITIMIDADE DESSE PROCEDIMENTO. HIPÓTESE EM QUE AS NORMAS "ESTADUALIZADAS" PODERÃO SER CONSIDERADAS COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO, PARA OS FINS DO ART. 125, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA QUE IMPUGNA, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DIPLOMA NORMATIVO LOCAL, CONTESTANDO-O, EM TESE, EM FACE DE NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, AO JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA, DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA LEI DISTRITAL (LEI Nº 2.721/2001), CONSIDERANDO-A INCOMPATÍVEL COM NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA." Grifos nossos. Segundo o eminente relator, "O que se revela essencial reconhecer, em tema de controle abstrato de constitucionalidade, quando instaurado perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal e Territórios, é que o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para esse específico efeito, é, somente, a Constituição estadual ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal, jamais, porém, a própria Constituição da República." A propósito, agradeço aqui a gentileza do aluno Marcelo Brito, do Curso de Pós-graduação em Direito do Estado (Unyahna e JusPodivm), que me encaminhou a íntegra da decisão acima ementada.

194. A expressão ressalva é necessária, pois como teremos a oportunidade de investigar, a Lei nº 9.882/99, admite a arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de ato concreto do poder público.

caráter genérico, abstrato e impessoal, *pouco importando se veiculados por lei ou por outro instrumento qualquer*. Logo, à luz da jurisprudência que prevalecia no Supremo Tribunal Federal¹⁹⁵, mesmo as leis de efeitos concretos não podiam ser objeto daquelas ações. Assim, a lei que declara a utilidade pública ou o interesse social de um determinado imóvel para fins de desapropriação, ou que concede isenção a uma empresa, ou que cria um Município, ou que cria uma autarquia ou fundação pública, ou autoriza a criação de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública, ou que autoriza a alienação de um bem público imóvel ou a doação, pelo Executivo, de determinado imóvel público, ou que atribua nomes a aeroportos, não se sujeita a controle concentrado-principal por via daquelas ações diretas.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal mereceu a apropriada censura de GILMAR FERREIRA MENDES¹⁹⁶ e CLÊMERTON MERLIN CLÈVE¹⁹⁷. Segundo estes autores, se é certo que a Constituição exigiu a normatividade dos atos do poder público, para, só então, sujeitá-los ao crivo do controle abstrato da constitucionalidade, não menos certo é que a Carta Magna não distinguiu entre leis formais de efeitos abstratos e de efeitos concretos, de modo que, cuidando-se de leis formais, todas elas expõem-se à fiscalização abstrata. Defendem os citados autores, portanto, que toda e qualquer norma

195. AgRg em Adin 203, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.04.90; AdinMca 643-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 03.04.92; Adin 647, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27.03.92, p. 3801; Adin 842, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14.05.93, p. 9002 e Adin 767, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 18.06.93, p. 12110.

196. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 162-163. Segundo o autor, "Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. (...) Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v. g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalte-se que não se vislumbra razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. (...) Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas".

197. Op. cit., p. 195.

sob a forma de lei – seja de efeitos abstratos ou de efeitos concretos – possa desafiar o controle abstrato através da Adin ou de outra ação direta.

Compartilhamos com a posição destes autores. De feito, dispõe o art. 102, I, *a*, da Constituição Federal, que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade serão propostas contra “lei” ou “ato normativo”. Não há aí – e isto salta aos olhos – qualquer referência à lei de efeitos abstratos. Logo, por um conhecido princípio de hermenêutica, não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador (e constituinte!) não distinguiu e tampouco autorizou a distinção. Além disso, restringir o controle abstrato ou concentrado-principal de constitucionalidade às leis de efeitos abstratos, é deixar um sem-número de leis de efeitos concretos ao largo de qualquer controle concentrado no STF e nos Tribunais de Justiça, interditando as vias de acesso para se alcançar, a respeito delas, uma decisão *erga omnes* sobre a sua constitucionalidade. E não se alegue que a lei deve ser necessariamente de efeitos abstratos porque o controle é abstrato. Ora, como bem frisou GILMAR MENDES, o que é abstrato é o processo de controle, ou seja, desvinculado a qualquer lide ou a qualquer controvérsia concreta, e não à lei submetida ao controle.

Recentemente, o STF alterou a sua jurisprudência para admitir o controle abstrato de constitucionalidade de lei de efeito concreto.¹⁹⁸ Na ADI 4.048-MC, sublinhou o seu Relator, o em. Ministro GILMAR MENDES:

“A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.

Não se discute que os atos do Poder Público sem o caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Contudo, tratando-se de lei de efeito concreto *já exaurida*, que é aquela cujos efeitos já se esgotaram diante da situação fática inteiramente já regulada, entendeu o Supremo Tribunal Federal pelo não cabimento do controle abstrato de constitucionalidade, por meio de ADI¹⁹⁹.

Esses atos normativos, por outro lado, precisam existir formalmente, ou seja, necessitam encontrar-se promulgados e publicados (perfeitos e acabados), mesmo que ainda não vigentes, tendo em vista que, na linha do pensamento do Supremo Tribunal Federal, não é possível o controle abstrato *preventivo* da constitucionalidade. É possível, apenas, consoante se viu, o controle judicial concreto preventivo, como o que se dá com o mandado de segurança proposto por Congressistas visando a paralisar processo de reforma constitucional de proposta de emenda tendente a abolir quaisquer das “cláusulas de eternidade” ou “cláusulas pétreas” do § 4º do art. 60 da Constituição.

Para além disso, tem o Supremo Tribunal Federal exigido que esses atos normativos sejam contemporâneos ao parâmetro constitucional de controle, vedando o controle abstrato de constitucionalidade do direito pré-existente. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade não chega nem a ser conhecida, por entender-se que não seria o caso de exame de constitucionalidade (exame no plano da validade), mas sim de recepção ou não (exame no plano da vigência). Segundo o STF, a não recepção de uma norma

198. ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-08, DJE de 22-8-08: (...) “Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.” No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 5-11-08, Informativo 527.

199. ADI 2.980, Rel. p/ AC Min. Cezar Peluso, j. em 05/02/09, DJe 07/08/09. No mesmo sentido: ADI 2.549, Min. Ricardo Lewandowski, j. em 01/06/11, DJe 03/10/11.

pela Constituição não traduz a sua inconstitucionalidade superveniente, e sim a sua revogação²⁰⁰.

Se o ato normativo já se encontra revogado, é incabível o controle abstrato por via de ação direta²⁰¹. Se proposta a ação, haverá carência por impossibilidade jurídica do pedido. Se a revogação ocorrer durante a tramitação da ação, já proposta, haverá carência superveniente²⁰².

Importa agora verificarmos, em exame sumário, quais os atos, em espécie, que admitem controle abstrato por via de ação direta de inconstitucionalidade. De um modo geral, são todos aqueles previstos no art. 59 da Constituição:

- a) *As emendas constitucionais*. As emendas constitucionais são espécies normativas que resultam do exercício, pelo Congresso Nacional, do Poder Constituinte Derivado Reformador. Têm por finalidade a modificação formal da Constituição, desde que atendidas determinadas condições-limites (são as limitações circunstanciais, materiais e formais). Assim, o Poder Constituinte Reformador, por ser um poder derivado ou constituído, está sujeito a limites circunstanciais, materiais (explícitos ou implícitos) e procedimentais. Em razão disso, tem-se admitido, sem divergências, o controle abstrato da constitucionalidade das emendas constitucionais, caso violem quaisquer dessas limitações. Seria a aplicação *parcial* da teoria alemã da inconstitucionalidade das normas constitucionais, quando estas resultam de emendas constitucionais lesivas àqueles limites. Mas é imperioso anotar que a parametricidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais está restrita àquelas normas constitucionais que fixam os limites ao poder reformador. Na Constituição de 1988, tais normas estão no art. 60²⁰³.

200. Tal situação, decerto, modificou-se com o advento da Lei nº 9.882/99, que permitiu expressamente o controle concentrado-principal de constitucionalidade do direito pré-existente, pela via da ADPF.

201. Rp. 1.034, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ n. 111, p. 546 e Rp. 1.110, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 25.03.83.

202. ADIN 1.445-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/05: "A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes". Vide também: ADin 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 20.05.92, p. 12248; ADin 262, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 08.03.93; AdinQo 1203-PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.04.1995.

203. "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;

- b) *As leis complementares e ordinárias*. Aqui também não há dúvidas. Todas as leis editadas pelo poder legislativo, sejam complementares ou ordinárias, expõem-se à fiscalização abstrata de constitucionalidade.

As leis complementares são espécies normativas que se submetem a processo legislativo menos rigoroso do que aquele previsto para as emendas constitucionais. Não obstante isso, a Constituição exige *quórum* especial para a sua aprovação, consistente na maioria absoluta dos membros das casas legislativas (CF, art. 69). Elas estão subordinadas à Constituição. Têm um âmbito material delimitado constitucionalmente, uma vez que a Carta Magna a elas reservou certas matérias importantes, como as normas gerais de direito tributário, o sistema financeiro nacional, as finanças públicas, etc.

Não são superiores às leis ordinárias, uma vez que inexiste hierarquia entre elas. Discordamos, nesse ponto, do entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁴. Pensamos que, com Michel Temer²⁰⁵, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior²⁰⁶ e Celso Ribeiro Bastos²⁰⁷, se as leis complementares e ordinárias têm idêntica fonte de fundamento, não tem sentido a afirmação de que se encontram dispostas em escalões normativos diferentes. O que não pode ocorrer é a lei ordinária dispor de matéria que a Constituição reservou à lei complementar, não porque a lei complementar lhe seja superior, mas sim pelo fato de a Constituição, que é superior a ambas, haver excluído, com a reserva material, a incidência da lei ordinária.

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

204. *Do Processo Legislativo*, op. cit., p. 243. Para o citado jurista, a "lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas)".

205. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 146-148.

206. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 303.

207. *Ibidem*, p. 367.

Já as leis ordinárias são a espécie normativa regra. Seu processo legislativo é o comum, exigindo-se, para sua aprovação, tão-somente o *quórum* simples de maioria relativa (CF, art. 47). Assim, podem dispor sobre todas as matérias não reservadas à lei complementar.

- c) *As leis delegadas*. Como sabido, as leis delegadas são aquelas elaboradas pelo Presidente da República em face de uma delegação do Congresso Nacional, para dispor legislativamente sobre todas as matérias que não se refiram aos atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada a lei complementar, nem a legislação sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros; a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e aos planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Todavia, se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

Decerto que, não se ajustando a lei delegada a essa diretriz constitucional, ela fatalmente se sujeitará à fiscalização abstrata de constitucionalidade. Mas, não só. A própria lei delegante, ou seja, a resolução do Congresso Nacional se submete ao controle abstrato.

- d) *As medidas provisórias*. O controle abstrato tanto pode incidir sobre as medidas provisórias, quanto sobre as respectivas leis de conversão. Ademais, pode-se contestar a validade constitucional da medida provisória, tanto sob a perspectiva material, quanto sob a perspectiva formal.

As medidas provisórias são criação da Constituição Federal de 1988 e consistem em atos, com força de lei, editados pelo Presidente da República, em casos de **relevância e urgência**, que deve submetê-los de imediato ao Congresso Nacional.

Tiveram por fonte inspiradora a Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947, que prevê o *provvedimenti provvisori con forza di legge*, que o Governo pode adotar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, com apresentação às Câmaras, para sua conversão em lei em até sessenta dias²⁰⁸. Criadas em substituição

208. "Art. 77. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la

aos decretos-leis, elas nada mais são do que atos administrativos, de caráter normativo, editados exclusivamente pelo Presidente da República, em casos, reitere-se, de relevância e urgência. Assim, não obstante tenham força de lei, com esta não se confundem, pois não provêm do Poder competente para legislar. Não são equivalentes de leis parlamentares, nem são leis expedidas pelo Executivo. Muito pelo contrário, a medida provisória é apenas uma medida administrativa de natureza normativa²⁰⁹.

Não obstante previstas pela Constituição Federal como atos de competência do Presidente da República, as medidas provisórias, segundo jurisprudência do STF, podem ser editadas pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desde que previstas nas respectivas Constituições locais e obedecidas as condições formais e materiais estabelecidas na Constituição Federal²¹⁰.

Tais medidas só podem ser expedidas quando, à relevância da matéria, se somar a urgência. Eis aí os requisitos constitucionais justificadores da sua adoção: relevância e urgência. Inicialmente, é de se indagar: e o que se entende por urgência? Só há urgência, afirma com propriedade Roque Carrazza²¹¹, "quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária". E qual seria esse tempo hábil? Para nós, aquele previsto na Constituição como o menor espaço de tempo possível para que uma lei ordinária seja aprovada, ou seja, cem dias.

Efetivamente, a Constituição Federal, nos §§ 1º a 3º do seu art. 64²¹², estabelece um procedimento legislativo sumário, de urgência, com prazo máximo de cem dias, quando o Presidente da República solicitar urgência nos projetos de lei de sua iniciativa. Assim, se é possível uma lei ordinária ser editada num prazo máximo de cem dias, a conclusão inelutável que se tem é que a medida provisória só pode ser expedida para dispor sobre matéria

conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni."

209. Friedrich Müller, 'As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs'. In: Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 347.

210. ADI 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-2006, Plenário, DJ de 16-3-2007.

211. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 241.

212. Art. 64. § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º - Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação. § 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

que não possa, *sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação*, ser disciplinada dentro deste prazo. Noutros termos, só há urgência, a ensejar a expedição de medidas provisórias, se não se puder esperar os cem dias para que uma lei seja aprovada, disciplinando a matéria. Para esse sentido se dirigem as observações de Friedrich Müller, quando afirma que

"Se o art. 62 faz da 'relevância' a condição da admissibilidade, isso se pode referir apenas a casos de significado extraordinário; casos graves no sentido de que a postergação ulterior oneraria a sociedade com riscos comuns. Essa interpretação é confirmada pela própria Constituição: pelo fato de que o art. 62 menciona adicionalmente o pré-requisito da urgência. De outra forma adviriam danos consideráveis por mora. A própria Constituição confirma isso por uma regulamentação explícita adicional: o caso de uma medida *admissível* segundo o art. 62 deve ser tão relevante e sobretudo urgente que os prazos do art. 64, §§ 1º a 4º, não são suficientes; quer dizer, os prazos que já visam a um tratamento urgente no momento em que uma iniciativa legiferante do Poder Executivo é encaminhada ao Congresso Nacional".²¹³ (*Grifado no original*).

Além da urgência, sem dúvida perfeita e objetivamente sindicável à vista do texto constitucional, exige a Constituição que a matéria a ser regulada nas medidas provisórias seja relevante. E o que é relevante? Algo que, indubitavelmente, seja importante para a Nação. Dispor, por exemplo, por medida provisória, que o cargo de Advogado Geral da União ou de Presidente do Banco Central – por mais ilustre que sejam estes cargos – tem *status* de cargo de Ministro de Estado, é um desmedido despautério. Onde, pois, a importância para a Nação? A relevância, de conseguinte, deve ser apreciada e valorada em face dos interesses do povo, e não em face do interesse do Presidente da República ou de quem quer que seja.

Assim, defendemos o controle judicial dos mencionados requisitos, de modo que, constatando a inexistência de um deles, ou de ambos se for o caso, não só pode como deve o Judiciário declarar – seja em sede incidental, seja em sede concentrada de controle de constitucionalidade – a inconstitucionalidade da medida provisória.

A doutrina sempre entendeu que os pressupostos legitimadores da medida provisória se sujeitavam ao controle judicial, por aceitar que a Constituição não conferiu um "cheque em branco" ao Presidente da República, mas, sim, um instrumento necessário para a governabilidade, que deve ser manejado com prudência e parcimônia e nos estreitos limites autorizados pelo constituinte. O Supremo Tribunal Federal, atualmente, acolhe essa

213. Op. cit., p. 339.

doutrina, para admitir, embora de forma excepcional, o controle judicial dos pressupostos de urgência e relevância²¹⁴.

A EC nº 32/2001 trouxe importantes inovações a esta espécie normativa. Com efeito, foram fixados certos limites materiais à medida provisória, de modo que é vedada a sua edição sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; a direito penal, processual penal e processual civil; a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; a carreira e a garantia de seus membros; a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (ressalvado o previsto no art. 167, § 3º); à que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; a matéria reservada a lei complementar, e a matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

O prazo de vigência da medida provisória passou para sessenta dias, podendo ser prorrogada por mais sessenta dias. Foi expressamente previsto que, se o projeto de lei de conversão for aprovado com alteração do texto original da medida provisória, esta será mantida integralmente em vigor, até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Questão interessante consiste em saber como conciliar a provisoriade dessas medidas com o rito demorado da ação de inconstitucionalidade. Tal problema tem-se equacionado da seguinte forma: proposta a ação direta de inconstitucionalidade para impugnar medida provisória, perdendo esta os seus efeitos, perde a ação direta o seu objeto. Havendo, porém, reedição ou conversão em lei, e desde que sejam substancialmente idênticas, admite-se o aditamento da petição inicial da referida ação, para que esta prossiga contra a medida provisória reeditada. Todavia, se a medida provisória reeditada (ou a sua conversão em lei) for substancialmente distinta, exige-se a proposição de nova ação direta²¹⁵.

214. Conforme entendimento consolidado do STF, "os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de 'relevância' e 'urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997)." (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007).

215. ADI nº 1.129 (Questão de Ordem), Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 23.09.1994. Em questão de ordem suscitada pelo Ministro Relator, assim se pronunciou o Min. Néri da Silveira: "De outro lado, a Corte, nos precedentes mencionados pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, – as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 691 e 1.055, – admitiu que, em se tratando de medida provisória convertida em lei, prossiga a ação aforada contra a medida provisória, já agora contra a lei de conversão, com

- e) Os *decretos e resoluções legislativas*. Por força da Constituição Federal, os decretos e as resoluções legislativas são atos legislativos que se subordinam a processo legislativo (CF/88, art. 59). Por meio deles, as casas legislativas manifestam as suas competências privativas. Será decreto legislativo quando a manifestação da casa tiver efeito externo. A Constituição reservou esses atos ao Congresso Nacional. Será resolução quando, em geral, tiver efeito interno. As resoluções legislativas são utilizadas para expedir os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Esses atos, por conseguinte, desde que veiculem normas gerais e abstratas, ensejam o controle abstrato. Assim, as resoluções que veiculam os regimentos internos do Congresso (regimento comum) e das casas legislativas do Congresso e das Assembléias Legislativas dos Estados suscitam ação direta de inconstitucionalidade.

- f) Os *tratados internacionais*. No Brasil, os tratados internacionais só produzirão efeitos internos quando, ratificados na órbita internacional, forem aprovados pelo Congresso Nacional (por decreto legislativo) e promulgados pelo Presidente da República (por decreto).

Segundo entende o Supremo Tribunal Federal, os tratados, uma vez regularmente incorporados ao direito doméstico, passam a ostentar a condição de *lei ordinária federal*, salvo se dispuserem sobre direitos humanos, hipótese em que, segundo posição recente do Supremo, assumem a natureza de *norma suprallegal*. Logo, não estão acima da Constituição, como sustenta autorizada doutrina. Por conseguinte, admitem o controle abstrato de constitucionalidade. A rigor, não são propriamente os tratados internacionais que se submetem ao controle da constitucionalidade, mas sim os atos normativos de aprovação e promulgação (decreto legislativo do Congresso Nacional e o decreto de promulgação do Presidente da República).

o que o Tribunal poderá examinar o mérito da norma, sobre o aspecto da invalidade que se pretende ver declarada na inicial. Não deixo de reconhecer a valia dos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Marco Aurélio, quanto à perda de eficácia da medida provisória, a teor do parágrafo único, do art. 62, da Constituição, vencido o prazo de trinta dias, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas decorrentes dessa medida provisória que caducou, no lapso de tempo em que teve vigência. Essa matéria, a meu ver, não está posta aqui em termos a obstar a adoção da providência proposta pelo ilustre Ministro Francisco Rezek. Assim, peço vênua ao Sr. Ministro Marco Aurélio, para também acompanhar o Sr. Ministro Francisco Rezek, em se tratando, de *medida provisória que reedita, nos mesmos termos, a matéria, e só neste caso, porque há medidas provisórias que são reeditadas, mas com algumas modificações; nesta hipótese, cuidar-se-á, evidentemente, de lei nova, de medida provisória nova; quanto a essa, não se poderá prosseguir nos mesmos autos; haverá necessidade do ajuizamento de uma ação nova*. Na espécie em exame, a medida provisória reedita, *ipsis litteris*, a medida provisória anterior. Penso, também, que se possa adotar, à semelhança do que se faz com a lei de conversão, o mesmo procedimento, com simples aditamento à petição inicial, prosseguindo-se nos mesmos autos." Grifos nossos.

Contudo, cumpre esclarecer que, em consonância com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 45/2004, "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Tal circunstância, todavia, não torna esses tratados imunes ao controle de constitucionalidade por meio da ADI, podendo ser impugnados sempre que violarem as limitações impostas às emendas constitucionais.

- g) Os *regulamentos*. Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se admite ação direta de inconstitucionalidade para se impugnar regulamentos ou atos normativos que exorbitam da função de regulamentar a lei. Na hipótese, haveria uma colisão entre a lei e o regulamento, cuidando-se de uma simples ilegalidade, a ser submetida ao controle incidental²¹⁶. Admite-se tal ação, por outro lado, quando se trata de regulamentos de execução que, ao revés de complementarem as leis a título de lhes darem exequibilidade, invadem domínio de reserva legal; ou quando se cuida de regulamentos autônomos ou independentes, que se relacionam diretamente com a Constituição e têm força de lei²¹⁷.
- h) Os *regimentos dos tribunais*. A Constituição Federal concedeu aos tribunais em geral a competência para elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

216. Rp. 1.492, Rel. Min. Octávio Gallotti, RTJ n. 127, p. 80 e ss. Na ADIn n. 1347-DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU de 01.12.95, deixou assentado o Ministro Relator que, o "eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-ia em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada". Conferir informativo STF nº 253, 3 a 7 de dezembro de 2001: "Considerando que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é inviável a análise de ato regulamentar, o Tribunal não conheceu de ação direta ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB contra decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina de 16/10/2000 que, regulamentando a LC estadual 160/97, determinou, como critério para preenchimento dos cargos vagos de juiz na comarca da capital do Estado, a precedência da remoção sobre a promoção por antiguidade" (ADIn 2.413-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 6.12.2001).

217. ADI 1.969-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05/03/04: "Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material."

Esses regimentos tanto podem ofender a lei (a lei processual), como podem violar diretamente a Constituição, hipótese em que se expõem ao controle abstrato, por via da ação direta de inconstitucionalidade.

- i) *As sentenças normativas.* Embora dispondo a Justiça do Trabalho de competência normativa para fixar, em sede de dissídio coletivo, normas e condições de trabalho (respeitadas as disposições convencionais mínimas de proteção ao trabalho), nem por isso as suas sentenças normativas podem constituir objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade²¹⁸. Isso porque, tais atos, embora normativos, são atos judiciais que desafiam os mecanismos próprios de controle, que são os recursos judiciais para os tribunais superiores.
- j) *As súmulas.* Consoante entendimento convencional, súmula é a consolidação da jurisprudência predominante de um Tribunal acerca de uma determinada matéria. Segundo o Supremo Tribunal Federal, "A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita a jurisdição constitucional concentrada"²¹⁹.

Todavia, situação diversa ocorre com a chamada *súmula vinculante*, criada pela EC 45/04, que inseriu o art. 103-A²²⁰ na Constituição em vigor. Com efeito, em razão da vinculação e obrigatoriedade, ao lado da generalidade e abstração, entendemos que a súmula vinculante pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade através da ação direta de inconstitucionalidade, por equiparar-se a uma verdadeira lei em sentido material²²¹.

k) *As leis orçamentárias.* A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre entendeu que as leis orçamentárias, cujos comandos normativos destinam determinadas receitas a uma certa finalidade/despesa, ostentam a natureza de leis de efeitos concretos, não se expondo, em consequência, ao controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade²²².

218. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 216.

219. ADI 594, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15/04/94.

220. "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

221. Sucede, porém, que o STF vem afastando as súmulas vinculantes do controle de constitucionalidade. Conferir: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é a via adequada para se obter a interpretação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante." (ADPF 147-Agr, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-3-2011, Plenário, DJE de 8-4-2011.) Vide: ADPF 80-Agr, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12-6-2006, Plenário, DJ de 10-8-2006.

222. Vide ADI 1.640; ADI 2.057; ADI 2.100 e ADI 2.484.

Contudo, também vem entendendo o Supremo Tribunal Federal que "Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta"²²³.

Sucede que tal discussão perdeu sentido, em razão da recente alteração da jurisprudência da Corte. Com efeito, o STF modificou o seu entendimento anterior para admitir o controle abstrato de constitucionalidade de lei de efeito concreto, o que inclui as normas orçamentárias²²⁴.

l) *As convenções coletivas de trabalho.* Em conformidade com o texto constitucional, as convenções coletivas de trabalho não se limitam a atos de natureza negocial. São atos que veiculam verdadeiras normas jurídicas. Entretanto, não obstante normativos, não ensejam a ação direta de inconstitucionalidade, porque não editados pelo poder público. Ora, como já deixamos assentado, somente os atos normativos do poder público podem figurar como objeto do controle de constitucionalidade.

7.5. Procedimento. A Lei nº 9.868/99

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

De referência à ação direta de inconstitucionalidade, dispõe, em suma, a mencionada lei que, proposta a ação (pelos legitimados arrolados no art. 103 da Constituição, reproduzidos no art. 2º da lei), o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Se o ato impugnado for uma lei federal, as informações serão pedidas ao Congresso Nacional e ao Presidente da República (salvo se este tiver vetado o projeto). Se for uma lei estadual, serão solicitadas ditas informações à Assembléia Legislativa e ao Governador do Estado (salvo também se este tiver vetado o projeto). Em se tratando, porém, de ato normativo simples (por exemplo, uma medida provisória), as informações serão requeridas de quem o editou (no exemplo citado, o Presidente da República). Por

223. ADI 2.925, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/03/05.

224. ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-08, DJE de 22-8-08: (...) "Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008." No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 5-11-08, Informativo 527, DJE de 08-5-09.

óbvio, as informações serão dispensadas quando o requerente e o requerido forem o mesmo órgão, como nas hipóteses de ação direta proposta por governador contra ato de seu antecessor²²⁵.

Se houver requerimento de medida cautelar, o relator – após, em regra, a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato impugnado, que deverão pronunciar-se em cinco dias e somente sobre os requisitos da medida cautelar – submetê-lo-á ao plenário do Tribunal e, somente após a decisão, pedirá as informações. Nada impede, entretanto, que a medida cautelar possa, a juízo do plenário, ser apreciada após o recebimento das informações. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contado do recebimento do pedido. O *caput* do art. 10 da Lei 9.868/99 autoriza, nos períodos de recesso da Corte, a excepcional concessão *monocrática* da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade²²⁶.

A lei veda, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a admissão de intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência, decerto, da reconhecida natureza objetiva deste processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Contudo, permite que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita, por despacho irrecorrível, a manifestação, por escrito ou oral, de outros órgãos ou entidades, legitimados ou não para a propositura da ação, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, com o que consagrou no direito brasileiro a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), conferindo ao processo constitucional abstrato maior *abertura* democrática no procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle²²⁷, dotando,

ademais, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle abstrato, “de instrumentos adequados para uma aferição mais precisa dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador”²²⁸.

Com o *amicus curiae* se abre um canal de diálogo entre a Corte e a sociedade, circunstância que facilita e legitima a resolução dos graves conflitos constitucionais²²⁹.

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. Vencidos tais prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Segundo a lei, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. As informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. Tais medidas têm por finalidade prover o Supremo Tribunal Federal de maiores subsídios para a formação de seu convencimento acerca das questões constitucionais, inclusive sobre os fatos e prognoses legislativos, e propiciar uma maior integração entre a Corte e os demais Tribunais. Permitem elas uma espécie de instrução no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Não há prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Pode a mesma, portanto, ser ajuizada a qualquer tempo. O vício da inconstitucionalidade, por comprometer toda a ordem jurídica estatal, é imprescritível.

228. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 159.

229. Sobre o tema, de forma mais aprofundada, conferir o nosso ‘A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF, In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 149-167 e o excelente trabalho de Mirella de Carvalho Aguiar, *Amicus Curiae*, Salvador: Edições JusPodivm, 2005.

225. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 158.

226. STF, ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-8-07, DJ de 11-10-07: “Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida cautelar. Deferimento, pela presidência, no período de férias forenses do tribunal. Artigos 10, caput, da Lei 9.868/99, e 13, VIII, do RISTF. Relatoria do referendo plenário atribuída à própria Presidente, por força da excepcionalidade do caso concreto. Possibilidade. O caput do art. 10 da Lei 9.868/99 autoriza, nos períodos de recesso da Corte, a excepcional concessão monocrática da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Por imposição do artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno, as decisões liminares concedidas pela Presidência nessas circunstâncias são depois submetidas à referendo do Colegiado, normalmente após a distribuição dos autos da ação direta a um determinado relator superveniente. Peculiaridades presentes que recomendam a exposição do caso pelo próprio órgão prolator da decisão trazida a referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal. 4. Questão de ordem resolvida no sentido de autorizar a Presidência, excepcionalmente, a relatar o referendo da decisão cautelar monocrática proferida nos autos da presente ação direta.”

227. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

7.6. Decisão e efeitos

A decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado ou questionado tem eficácia contra todos (efeitos *erga omnes*) e efeito *vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. O efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade foi novidade introduzida pelo legislador ordinário (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único²³⁰), não obstante já existente no sistema jurídico nacional para a ação declaratória de constitucionalidade, por força da Emenda Constitucional nº 03/93.

Apesar disso, estamos convencidos da constitucionalidade deste preceptivo comum, por entendermos que a ação direta de inconstitucionalidade não é mais do que uma ação declaratória de constitucionalidade com pedido invertido, ou, na interessante expressão de Gilmar Ferreira Mendes, “com o sinal trocado”.²³¹ Aliás, a só eficácia *erga omnes* da decisão já era suficiente para se admitir o efeito vinculante, não fosse a distinção, sem sentido, feita pelo Supremo Tribunal Federal em aceitar a *ação de reclamação* (CF/88, art. 102, I, j) em face deste e não acolher em razão daquela. Ressalte-se que o fato de a ação declaratória de constitucionalidade ter objeto mais restrito (lei ou ato normativo federal) não se revela argumento idôneo a afastar a extensão do efeito vinculante. Ora, não teria sentido defender que a decisão do STF que somente declara, em sede abstrata, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* pode ter efeito vinculante, mas não de lei ou ato normativo *estadual*?²³²

Tal controvérsia, contudo, encontra-se atualmente superada em razão do advento da EC nº 45/2004, que, dando nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal, atribuiu efeito vinculante à decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, consoante dicção do citado § 2º, “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade (...) produzirão

eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Essa decisão, todavia, não impede que o órgão legislativo reincida na prática da inconstitucionalidade editando novo ato com idêntico conteúdo do anterior, declarado inconstitucional. Embora censurável, juridicamente o legislativo tem a liberdade de reeditar a lei inconstitucional²³³.

A vinculação, já entendeu o Supremo Tribunal Federal, não alcança apenas o dispositivo da decisão. O Supremo Tribunal Federal vinha atribuindo, não raro, efeito vinculante também aos **fundamentos determinantes** da decisão, e os aplicando a outras ações, com o que consagrou a **teoria da transcendência dos motivos determinantes**. Com efeito, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional, nada mais justificável que se aplique, fora da ação direta, o que ficou nela consubstanciado a título de fundamentos determinantes que baseou a decisão.²³⁴

233. STF, Rcl 5.442-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 31-8-07, DJ de 6-9-07: “Reclamação. Pretendida submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Conseqüente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. Inviabilidade de utilização, nesse contexto, do instrumento processual da reclamação como sucedâneo de recursos e ações judiciais em geral. Reclamação não conhecida. O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em conseqüência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.”

234. Foi o que decidiu o STF na Rcl nº 2986, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.03.2005: “FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, ‘IN ABSTRACTO’, DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. DECISÃO: Sustenta-se, nesta sede processual – presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI – que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou

230. Art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

231. ‘A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993’. In: Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, p. 56.

232. Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg, ‘Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99’. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 285.

consubstanciado em acórdão assim ementado: *'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente.'* (ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei). O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado **efeito transcendente dos motivos determinantes** da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da *'transcendência dos motivos que embasaram a decisão'* proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *'ratio decidendi'*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *'in abstracto'*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES ('O Controle Concentrado de Constitucionalidade', p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES ('Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional', p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, 'Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional', p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, 'Controle de Constitucionalidade', p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, 'Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia', p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, 'Tribunal e Jurisdição Constitucional', p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, 'A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro', p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de *'guarda da Constituição'* (CF, art. 102, *'caput'*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: *'(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)'* (Rcl 203.498-Agr/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES' grifei). Impende examinar, no entanto, antes de quaisquer outras considerações, se se revela cabível, ou não, na espécie, o emprego da reclamação, quando ajuizada em face de situações de alegado desrespeito a decisões que a Suprema Corte tenha proferido em sede de fiscalização normativa abstrata. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante: *'O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.'*

– O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Cabe verificar, de outro lado, se terceiros 'que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato' dispõem, ou não, de legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando promovida com o objetivo de fazer restaurar o *'imperium'* inerente às decisões emanadas desta Corte, proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a propósito de tal questão, ao analisar o alcance da norma inscrita no art. 28 da Lei nº 9.868/98 (Rcl 1.880-Agr/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), firmou orientação que reconhece, a terceiros, qualidade para agir, em sede reamatória, quando necessário se torne assegurar o efetivo respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, proferidos no âmbito de processos de controle normativo abstrato: *'(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.'*

– Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele 'particular ou não' que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente: (...) (RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Vê-se, portanto, que assiste, ao ora reclamante, plena legitimidade ativa *'ad causam'* para fazer instaurar este processo reamatório. Impende verificar, agora, se a situação exposta pelo Estado de Sergipe, na presente reclamação, pode traduzir, ou não, hipótese de ofensa à autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com eficácia vinculante, em sede de fiscalização normativa abstrata, no julgamento de ação direta ajuizada em face de diploma legislativo editado por outra unidade da Federação. Ou, em outras palavras, cumpre analisar, presente o contexto ora em exame, se a *'ratio decidendi'*, que substancia o julgamento desta Corte proferido na ADI 2.868/PI, apresenta-se, ou não, revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente, a utilização do instrumento reamatório. Parece-me que sim, ao menos em juízo de estrita delibação, especialmente se considerada a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA: *'(...) Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.'* (Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei). Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato, veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl 2.363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente Relator da causa fez consignar, em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue: *'(...) Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um 'leading case' em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios.'*

Tendo em vista o disposto no *'caput'* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta

Sucede que, em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das

Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. (...) Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn. Nesses termos, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação. (grifei). Assentadas tais premissas, passo a apreciar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. Trata-se de reclamação, na qual se sustenta que o ato judicial ora questionado - emanado do Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE - teria desrespeitado a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. É que o Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE, ao ordenar a efetivação do seqüestro ora impugnado nesta via reclamatória, apoiou-se, para tanto, em razões, cujo teor antagoniza-se com os fundamentos subjacentes ao acórdão desta Corte, que, proferido na referida ADI 2.868/PI, é invocado como paradigma de confronto pela parte ora reclamante. Eis, no ponto, o conteúdo da decisão judicial ora reclamada (fls. 43): *'No que respeita ao procedimento da execução mediante dispensa do precatório, verifica-se que a matéria encontra-se definida nestes autos, nos termos da decisão de fls. 146/150, transitada em julgado conforme certidão de fl. 153, revelando-se, portanto, incabível o seu reexame. Por outro lado, considerando que o valor constante do ofício requisitório de fl. 162 excede ao limite estabelecido para créditos de pequeno valor, fixado nos termos do artigo 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo em vista ainda a manifestação expressa do exequente pela renúncia da quantia executada excedente a tal limite, consoante petição de fl. 101, expeça-se novo ofício requisitando à executada o pagamento do valor equivalente a 40 salários mínimos R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) em favor do exequente, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de seqüestro, tudo de acordo com o art. 17, 'caput' e § 2º da Lei nº 10.259/2001. Intime-se.* (grifei). Vê-se, portanto, que o ato judicial de que ora se reclama parece haver desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI, precisamente porque, naquela oportunidade, o Plenário desta Suprema Corte reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de consequente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, na redação dada pela EC 37/2002, o que foi recusado, no entanto, no âmbito do Estado de Sergipe, pelo órgão judiciário ora reclamado. Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de *'violação ao conteúdo essencial'* do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADI 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao feito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante. Sendo assim, e presentes as razões expostas, defiro a medida liminar ora postulada (fls. 07, item IV) e, em consequência, suspendo a eficácia da decisão reclamada (Processo nº 01.05-1212/00, 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE, fls. 43 e 52), sustentando-se a prática de qualquer outro ato processual e/ou administrativo que se relacione com o questionado ato decisório. Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia da presente decisão ao Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE. Requistem-se informações à ilustre autoridade judiciária que ora figura como reclamada nesta sede processual (Lei nº 8.038/90, art. 14, I). Publique-se. Brasília, 11 de março de 2005. Ministro CELSO DE MELLO-Relator." Grifos nossos. No mesmo sentido: "Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Eficácia que transcende o caso singular. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662. Reclamação que se julga procedente." (Rcl 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-10-03, DJ de 1ª-4-05). **Contudo, mais recentemente, como sublinhado no texto, o STF mudou de orientação, para rejeitar a eficácia vinculante dos motivos determinantes:** "Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 2.475-AgrR, j. 2-8-07)" (Rcl 2.990-AgrR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-8-07, DJ de 14-9-07).

decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 2.475-AgrR, j. 2-8-07, Rel. Min. Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgrR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-8-07, DJ de 14-9-07). **No mesmo sentido:** Rcl 10.604, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 8-9-2010, DJE de 14-9-2010: "(...) Mas o fato é que, no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da 'transcendência dos motivos determinantes', oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475-AgrR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgrR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgrR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria)".

A declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado-principal, à semelhança do que ocorre em sede de controle difuso-incidental, implica na pronúncia da *nulidade ab initio* da lei ou do ato normativo atacado. A decisão, segundo a doutrina corrente, é de natureza declaratória, pois apenas reconhece um estado preexistente²³⁵. Daí sustentar-se, perfeitamente, que essa decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo para fulminar de nulidade a norma impugnada desde o seu nascedouro, ferindo-a de morte no próprio berço.

235. Prevalece, portanto, no direito brasileiro a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Sobre o tema, vide Alfredo Buzaid, *Da ação direta...*, op. cit., p. 130-132; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 244; MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 257; MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 313-318; Lenio Luiz Streck, op. cit., p. 426; ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 46; Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, *Aspectos Processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)*; In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 339-428, 2006b, entre outros. No Supremo, vide Rp. 971, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ n. 87, p. 758; RE 93.356, Rel. Min. Leito de Abreu, RTJ n. 97, p. 1369; Rp. 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 993; Rp. 1.077, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 101, p. 503.

A propósito, é em razão desse efeito retroativo – nulidade absoluta – que se admite, no Brasil, a recusa, por parte do poder público, do cumprimento de lei ou ato reputado inconstitucional, embora sem prejuízo de exame posterior pelo Poder Judiciário²³⁶. Ainda em face dele, reconhece-se que a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios, ou seja, restabelece a legislação anterior revogada pela lei declarada nula²³⁷. A própria Lei 9.868/99, no § 2º, do art. 11, prevê esse efeito restaurador para a medida cautelar, prescrevendo que a “concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Esse efeito consistente na nulidade retroativa, contudo, já vinha sofrendo alguns temperamentos pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica. Atualmente, a Lei 9.868/99, pelo seu art. 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, *forjar os efeitos* das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para *restringir os efeitos* da declaração de inconstitucionalidade ou *decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado* ou *de outro momento que venha a ser fixado*. Assim, foi concedido ao STF o poder de excepcionar a própria regra do efeito *erga omnes* e do efeito declaratório ou *ex tunc* das decisões proferidas em sede de controle concentrado-principal, para emprestar a estas decisões efeitos mais limitados e efeitos constitutivos ou *ex nunc* ou *pro futuro*, no que, a nosso ver, andou bem, tendo em consideração a circunstância de que a “fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”.²³⁸

236. RTJ 96:508; RDA 140:49.

237. STF, ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-06, DJ de 28-9-07: “Fiscalização normativa abstrata – Declaração de inconstitucionalidade em tese e efeito repristinatório. A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 – RTJ 194/504-505 – ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo/STF* n. 224, v.g.).”

238. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, op. cit., p. 500-5001.

Isso significa que, quanto à restrição dos efeitos da decisão, pode o STF limitar a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade em sede abstrata, para dela excluir certas situações (como, v. g., excluindo alguns atos expedidos ou algumas relações constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional ou até algumas pessoas que a princípio seriam alcançadas pela decisão).

Relativamente à modulação da eficácia temporal, pode o Supremo Tribunal Federal deliberar que a decisão só opere efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou a partir de outro momento que deve se situar, segundo pensamos, dentro do lapso compreendido entre a entrada em vigor da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional. Não compartilhamos, destarte, do entendimento que vislumbra no art. 27 ora em comento a possibilidade de *diferimento* da eficácia constitutiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. Tal posição é tanto mais inaceitável quando se percebe que inexistente qualquer prazo para a manutenção da lei ou ato normativo declarado inconstitucional para além do trânsito em julgado da decisão. Na Áustria, como já se salientou, há previsão constitucional expressa (art. 140, seção 3ª) desse diferimento, sujeito, contudo, a prazo não superior a um ano, circunstância que inibe, decerto, a ocorrência de abusos.

Enfim, com a adoção da possibilidade de modulação da eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o direito brasileiro se alinha ao direito português, que já dispunha de previsão constitucional nesse sentido (CRP, art. 282, n.º 4²³⁹). Aliás, não é demasiado lembrar que foi proposta na Assembleia Constituinte de 1986-88 regra semelhante, que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional em sede abstrata haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. Tal proposta, no entanto, foi rejeitada²⁴⁰.

É preciso, todavia, alertar para os eventuais perigos que o mau uso da faculdade prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 pode gerar para o cidadão, sobretudo em matéria tributária. Aponte-se, apenas para ilustrar, que a Suprema Corte norte-americana, ao declarar a inconstitucionalidade de lei

239. Art. 282, n.º 4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

240. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 316.

que havia instituído ou majorado tributo, vem emprestando à decisão efeito constitutivo (*ex nunc*), com o que retira do contribuinte a possibilidade de o mesmo restituir-se do que pagou indevidamente, sob o argumento de que já desfrutara dos benefícios proporcionados pelo emprego do dinheiro recolhido pelo tributo. Essa jurisprudência da Suprema Corte – a toda evidência – é absolutamente incompatível com a realidade brasileira.

A decisão declaratória de inconstitucionalidade, ademais, deve respeito à coisa julgada. Vale dizer, não tem o condão de rescindir a sentença passada em julgado, ainda que esta tenha sido prolatada com fundamento na lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Destarte, a nulidade *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade não afeta, ao menos automaticamente, a coisa julgada, que representa, aliás, uma garantia constitucional. Para rescindir-se o julgado, exige-se a ação rescisória. E ação direta de inconstitucionalidade, já decidiu o Supremo, não é sucedâneo de ação rescisória²⁴¹.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, vem adotando algumas técnicas compatíveis com o controle abstrato de constitucionalidade. É o caso da técnica da *interpretação conforme a Constituição* e da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*.

A técnica da *interpretação conforme a Constituição* visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição. Nesse caso, tem o Supremo Tribunal Federal, na esteira da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, entendido que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada parcialmente procedente,

241. Nesse sentido: "A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o esgotamento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte." (RE 594.892, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 21-6-2010, DJE de 4-8-2010.).

para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Carta Magna. Percebe-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como um simples princípio de hermenêutica, mas sim como uma modalidade de decisão do controle de constitucionalidade de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto²⁴², porém, segundo entendemos, sem se confundir com esta técnica.

Já a técnica da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* tem sido utilizada para considerar inconstitucional determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Isto é, distintamente da técnica da *interpretação conforme*, com base na qual o Supremo Tribunal Federal exclui determinadas hipóteses de interpretação da norma, para lhe emprestar aquela que a compatibilize com texto constitucional, a técnica da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* possibilita ao Supremo excluir determinadas hipóteses de aplicação da norma, que aparentemente seriam factíveis e que a levaria a uma inconstitucionalidade.

Dito de outro modo, na interpretação conforme, o Tribunal exclui um ou mais sentidos da norma legal, com a atribuição de um outro sentido com o qual se possa compatibilizar a norma à Constituição; na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a Corte considera inválida a aplicação ou incidência da norma legal sobre determinada situação, sem impedir a sua incidência legítima relativamente a outras situações.

De ver-se, portanto, que essas técnicas de decisão, embora semelhantes, não se confundem. Nesse sentido, confira-se a seguinte posição de Gilmar Ferreira Mendes:

"Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte

242. Rp. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 126, p. 48.

dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinação do exercício financeiro*)".²⁴³ (Grifado no original).

O Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, confundia as duas técnicas decisórias *sub examine*, vem dando passos para reconhecer a distinção entre as mesmas e consagrar a autonomia da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*²⁴⁴. Essa tendência da Corte pode ser extraída das decisões proferidas nas Adin's 491²⁴⁵ e 939²⁴⁶, onde se asseverou explicitamente que, na hipótese de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, determinadas hipóteses de aplicação, constantes dos textos normativos, são inconstitucionais.

Assim, hoje podemos afirmar que, na linha da jurisprudência mais recente do STF, a técnica da *interpretação conforme a Constituição* não se identifica com a técnica da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Aliás, parece ser essa a orientação agasalhada na Lei 9.868/99, quando explicita que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a *interpretação conforme a Constituição* e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Outra técnica de decisão, também de matriz germânica, aplicável ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, consiste no chamado *apelo ao legislador* (*Appellentscheidung*), segundo a qual o Tribunal *rejeita* a inconstitucionalidade da norma, pronunciando, contudo, em face de uma deficiência da norma impugnada, uma possível *conversão* dessa situação *ainda* constitucional num estado de inconstitucionalidade, caso não se edite uma nova normativa capaz de corrigir essa situação imperfeita. Assim, embora a Corte reconheça a constitucionalidade da lei, recomenda que o legislador formule – às vezes até assinalando-lhe um prazo – disposição complementar de natureza corretiva. Assevere-se, todavia, com Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁷, que o “apelo” dirigido ao legislador a fim de que este corrija uma *situação ainda constitucional*, com vistas a evitar que se converta em situação inconstitucional, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a legislar, pois não há nessa técnica decisória qualquer imposição de legiferação.

243. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 286.

244. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 288 e Lenio Luiz Streck, op. cit., p. 478.

245. Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 137, p. 90.

246. Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.03.94, p. 5165-6.

247. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 249.

Em suma, a técnica do *apelo ao legislador* implica numa decisão de rejeição da inconstitucionalidade, vinculada, contudo, a uma conclamação ao legislador para que este entabule as medidas corretivas ou de adequação necessárias. Lembra Gilmar Mendes²⁴⁸ que, na hipótese de o legislador não satisfazer a exortação do Tribunal, a lei declarada *ainda constitucional* considerar-se-á válida até que, devidamente provocada, venha a Corte proferir nova decisão.

Convém sublinhar, ademais, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. O STF vem adotando esta técnica de decidir quando a situação que ensejou a propositura da ação direta se mostrar absolutamente inalterada em razão do estado de fato consolidado ou possibilitar um agravamento no seu estado de inconstitucionalidade caso pronunciado os seus efeitos²⁴⁹.

A decisão final sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros (ou seja, a maioria absoluta do Tribunal), quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, segundo a novel previsão legislativa (Lei 9.868/99, art. 23).

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, exige o referido diploma legislativo que este julgamento seja suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos

248. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 251.

249. “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afirmação ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. (...) Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso.” (ADI 3.316, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, DJ de 29-6-07). No mesmo sentido: ADI 3.689, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-5-07, DJ de 29-6-07; ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, DJ de 3-8-07; ADI 3.489, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, DJ de 3-8-07.

Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão, num ou noutro sentido (parágrafo único do art. 23).

Recorde-se que, em face da natureza objetiva do processo de controle abstrato da constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade têm natureza dúplice. Daí que, na conformidade da nova arquitetura legal, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ou procedente eventual ação declaratória de constitucionalidade; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24).

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26).

8. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

8.1. Origem e generalidades

Já se afirmou neste trabalho que o desrespeito à Constituição não se limita à atuação inconstitucional. Disse-se que tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, sob marcada influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição.

Com efeito, no art. 103, § 2º, a Constituição dispõe que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. É evidente que esse dispositivo definidor da ação direta

de inconstitucionalidade por omissão deve ser interpretado conjuntamente com outros preceitos constitucionais, que revelam, segundo defendemos, um direito fundamental à efetivação da constituição²⁵⁰.

Partindo dessa perspectiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público.

8.2. Natureza, finalidade e procedimento

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Assim, por meio dela, instaura-se um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade, com todas as consequências daí decorrentes, e já examinadas anteriormente.

Cuida-se, a nosso ver, de uma *ação específica* vocacionada ao controle abstrato da constitucionalidade da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, a despeito de ter sido instituída em simples parágrafo de artigo que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade²⁵¹. É verdade que o legislador constituinte não foi feliz ao disciplinar, com parcimônia, essa nova e importante ação constitucional. Mas daí supor que não foi criada uma ação especialmente voltada a combater os abusos decorrentes da omissão inconstitucional dos órgãos do Estado, não se nos afigura uma opinião escorreita e consentânea com o espírito que animou o constituinte brasileiro, fortemente inspirado pela Carta portuguesa.

250. Vide o nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 2004.

251. Não concordamos, neste particular, com a posição de Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 338-339, que nega à ação direta de inconstitucionalidade por omissão a natureza de ação específica: "Não há lugar para sustentar-se a existência, no Brasil, de uma ação constitucional especial voltada para, em sede de fiscalização abstrata, esse tipo de questão constitucional". No sentido do texto, parece ser a opinião de Roque Carrazza, op. cit., p. 347: "(...) com o advento da Carta de 1988, passou a ser possível, no Brasil, o controle da inconstitucionalidade por omissão. Ele é levado a cabo por meio de uma ação específica: a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*".

Tanto isso é verdade que foi elaborada a *Lei nº 12.063*, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999, o *Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Desse modo, a *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999, com o advento da novel *Lei nº 12.063/2009*, passou a dispor do processo e julgamento das seguintes ações diretas: a ADI por ação, a ADI por omissão e a ADC.

A finalidade desta ação direta de controle da omissão inconstitucional é, igualmente, a defesa objetiva da Constituição, visando à preservação da integralidade normativo-constitucional. Não se destina, portanto, à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da própria completude do ordenamento constitucional.

O procedimento é semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade por ação, traçado na *Lei nº 9.868/99*, salvo naquilo em que for incompatível com a natureza e a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão. Assim, nos exatos termos do novo art. 12-E da *Lei nº 9.868/99*, *Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei* (que tratam do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação).

Assim, conforme o novo art. 12-A, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Nos termos do art. 12-B, a petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; e II - o pedido, com suas especificações. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão. Segundo o art. 12-C, a petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que não poderá ser objeto de desistência, o relator notificará os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional para prestarem informações no prazo de 30 dias. Conforme o § 1º do art. 12-E, os demais requerentes referidos no art. 2º da *Lei* poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

Nos termos do § 2º do art. 12-E, o relator *poderá* solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias. Na verdade, o dispositivo fala em *poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União*, porque em tese não há, na ADI por omissão, a manifestação do Advogado-Geral da União. Isto porque, consoante o art. 103, § 3º, da Constituição Federal, ele somente será citado para o fim de defender o "ato ou texto impugnado", na qualidade de curador da presunção da constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público²⁵². Ocorre, todavia, que na ação de inconstitucionalidade por omissão não há ato inquinado de inconstitucionalidade para ser defendido, mas sim um não-ato inconstitucional.

Esse entendimento, entretanto, deve ser ressalvado na hipótese de ação de inconstitucionalidade por *omissão parcial*. Isso porque, de recordar-se, neste tipo de omissão há *atuação parcial* do poder público. E nessa parte, cabe ao Advogado-Geral da União fazer a defesa da lei ou ato normativo impugnado²⁵³. Essa é a razão, portanto, de o § 2º do novo art. 12-E autorizar o relator a solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União.

Após a manifestação do AGU, se for o caso, ou após o decurso do prazo para as informações, o relator notificará o Procurador-Geral da República, que deverá ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que figure no pólo ativo da ação. O PGR terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Porém, registro que o § 3º do art. 12-E prevê que o Procurador-Geral da República terá vista do processo nas ações em que não for autor. A meu ver, tal condição é inconstitucional, pois bate de frente com a regra constitucional do § 1º do art. 103 da Constituição, que determina a oitiva prévia do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

252. ADIN 23-3, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 01.09.89 (RTJ 131:463): "A audiência do Advogado-Geral da União, prevista pelo art. 103, § 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou texto impugnado (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado - não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência da norma legal ou ato normativo".

253. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 342: "(...) pretende-se que o Advogado-Geral da União produza defesa, como curador da norma impugnada, nos casos de omissão parcial. Sim, porque em semelhantes situações há um ato normativo que ou descumpra o princípio da isonomia (omissão relativa) ou não atende satisfatoriamente uma imposição constitucional concreta (omissão absoluta parcial)".

Vencidos os prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Contudo, com base no art. 9º da Lei 9.868/99, aplicável à presente ação, entendemos que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Sublinhe-se, outrossim, que não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, podendo ocorrer a intervenção de *terceiro especial* na condição de *amicus curiae*, de modo que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá o relator da ação admitir, no prazo que assinalar, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Nos termos do novo art. 12-H, declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22 (presença na sessão de pelo menos oito Ministros), será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Em face do § 2º do art. 12-H, aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.

8.2.1. Possibilidade de medida cautelar na ADI por omissão

Entendia o Supremo Tribunal Federal que, em face de a ação direta de inconstitucionalidade por omissão destinar-se a dar ciência da mora ao poder omisso para a adoção das providências necessárias, era incompatível com o instituto a concessão de medida cautelar²⁵⁴.

Sucedendo que, por força da Lei nº 12.063/2009, foi acrescentado o art. 12-F na Lei nº 9.868/99, prevendo a possibilidade de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, em face do novo art. 12-F, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

8.3. Legitimidade *ad causam* e competência

A legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a mesma conferida pela Constituição para a ação de inconstitucionalidade por ação. Desse modo, podem propô-la o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa do Estado ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, consoante rol taxativo do art. 103, da Constituição de 1988.

Impende reconhecer que, não obstante legitimados para a promoção da ação de inconstitucionalidade por omissão, os órgãos legislativos (Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal) dificilmente figurarão entre os proponentes desta ação, haja vista que, em geral, tal ação

omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que esta em mora constitucional". No mesmo sentido: ADIN 1387-DF, Rel. Min. Carlos Velloso e ADIN 1458-DF (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.09.96.

254. ADIN 361-5, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 668/212: "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Liminar. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar"; ADIN 267-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.05.95, p. 13.990: "A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por

é proposta em decorrência da omissão destes próprios órgãos em expedir as medidas regulamentadoras da norma constitucional carente de regulamentação.

A mesma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que exige, para certos legitimados, o requisito da pertinência temática, aplica-se à ação de inconstitucionalidade por omissão.

A legitimidade passiva nesta ação recai sobre os órgãos ou as autoridades omissas responsáveis pela elaboração da medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Cumpre recordar que tanto os legitimados ativos como os legitimados passivos não são partes, pois a ação de inconstitucionalidade por omissão também se destina a instaurar um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes, nem controvérsia.

Quanto à competência, entende-se que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de omissão de *medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal*, pouco importando que essa medida seja de incumbência dos Municípios, dos Estados ou da União. Essa posição se coaduna com o ideal que inspirou o constituinte de tornar o Supremo Tribunal Federal o órgão guardião da Constituição Federal.

Importa ressaltar, no entanto, que os Estados, ao organizarem o seu Poder Judiciário, podem instituir o controle de constitucionalidade da omissão em face de suas Constituições. Nesse caso, cumprirão aos Tribunais de Justiça processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de omissão de *medida para tornar efetiva norma da Constituição Estadual*.

8.4. Parâmetro e objeto

De um modo geral, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por parâmetro todas as normas constitucionais que careçam de medidas de efetivação. Por óbvio, se a norma constitucional não depende de qualquer medida para efetivar-se, podendo ser aplicada imediatamente, ela não é parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação em tela. Assim, em conformidade com a classificação apresentada por José Afonso da Silva²⁵⁵, só as normas constitucionais de *eficácia limitada* podem servir de parâmetro para a ação de inconstitucionalidade por omissão.

255. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

Quanto ao objeto, só as omissões inconstitucionais podem ser impugnadas pela ADIN por omissão. De referência ao conceito de omissão inconstitucional e outros pormenores, cumpre tecer as considerações que se seguem.

8.4.1. A omissão inconstitucional: conceito e características

A Constituição brasileira, como, aliás, a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, por apresentarem-se vocacionadas a finalidades díspares e exercerem papéis diferentes no sistema normativo, embora coordenadas e relacionadas entre si, compondo uma unidade sistêmica. Por essa razão, diversificam-se quanto ao grau de eficácia, algumas delas tendo eficácia plena; outras, eficácia contida e ainda outras, eficácia apenas limitada²⁵⁶. Não obstante, todas as normas são aplicáveis na medida em que, se necessário, sejam integradas por via legislativa, administrativa ou judicial.

Para uma delimitação conceitual de omissão inconstitucional, é preciso que se deixe claro, desde logo, que só haverá essa omissão no domínio das chamadas normas constitucionais de *eficácia limitada*, pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo²⁵⁷. Vale dizer, a omissão inconstitucional está relacionada com as normas constitucionais de eficácia limitada. Isso significa que, por óbvio, se todas as normas detivessem eficácia plena, não haveria lugar para a omissão inconstitucional. É preciso, não obstante, relativizar essa afirmação, na medida em que, embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos (ex.: sociais) e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade.

Sob uma perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social. Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando garantir a realização destes fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a

256. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 47.

257. Nesse sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 322, quando afirma, em nota de rodapé, que a norma de eficácia limitada, ou seja, a norma não auto-executável é aquela que demanda complementação normativa. Entretanto, leciona o autor que, em se tratando de normas programáticas, além da integração legislativa, reclamam também atuação material dos poderes públicos (v.g., construção de uma escola).

ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente. E a Constituição brasileira de 1988, como demonstrado, é uma Constituição Dirigente e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí concluir-se que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria compostura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído.

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, muito comuns nas Constituições Dirigentes. Essa categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição Federal (1988), reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público, circunstância que justifica seu efetivo controle judicial nos moldes aqui defendidos.

Feitos os esclarecimentos necessários, dedicar-nos-emos, doravante, ao conceito de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, não é apenas a ação normativa do poder público que pode violar a Constituição. A abstenção indevida do poder também pode desrespeitar o texto supremo, dando ensejo ao reconhecimento da chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Noutro sentido, pode-se afirmar que a necessidade de respeitar a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente, exige-se mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, *v. g.*, se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”.²⁵⁸ Omissão

inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado²⁵⁹ a fazer, por imposição de norma “certa e determinada”. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma *certa e determinada* norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição²⁶⁰. Ademais disso, não basta o simples dever geral de legislar ou atuar, sendo necessária a existência de uma *imposição constitucional* ou *ordem de legislar*²⁶¹, seja ela, porém, abstrata ou concreta²⁶², mas forçosamente, reiterar-se, definida em norma certa e determinada. Por tudo isso, anuncia-se, com acerto, que a omissão, para ser relevante, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. Logo, só há falar em omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação.

259. Sobre obrigações na Constituição, ver Rafael de Asís Roig, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

260. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, p. 518-519: “Antes de mais, somente é de ter por relevante o não cumprimento da Constituição que se manifesta através do não cumprimento de uma das suas normas, devidamente individualizada. (...) A inconstitucionalidade por omissão (...) não se afere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios”.

261. Canotilho distingue as *ordens de legislar* das *imposições constitucionais*, embora sustente que o não cumprimento de ambas caracteriza uma omissão inconstitucional. Assim, para o autor, enquanto as “imposições constitucionais” são determinações *permanentes* (ex.: fixação e atualização do salário mínimo; garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito, etc.), as “ordens de legislar” são determinações *únicas* (ex.: criação de uma nova instituição, como uma Corte Constitucional, uma vez que essa imposição se esgota logo ocorra a publicação da lei sobre a organização e funcionamento deste Tribunal) (*Direito Constitucional...*, op. cit., p. 968).

262. Canotilho – em sentido contrário ao texto – exclui do conceito de omissão inconstitucional o não cumprimento dos deveres ou imposições abstratas de legislação. Segundo o autor, além de o simples dever geral de emanar de leis não fundamentar uma omissão inconstitucional, as *ordens constitucionais gerais de legislar*, isto é, as imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstratos (ex.: as normas programáticas, os preceitos enunciadores dos fins do Estado), de igual modo, também não caracterizam dita omissão. Vale dizer, essas imposições abstratas, “embora configurem deveres de ação legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso da omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional. Aqui reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre as *imposições abstractas* e as *imposições constitucionais concretas*: a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do ‘não cumprimento’ das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos ‘comportamentos ainda constitucionais’ mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se ‘situações inconstitucionais’ (...) No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais” (*Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 332). Em conformidade com o texto: Clémerson Merlin Clève (op. cit., p. 325) e Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte*, p. 52).

258. Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 967.

Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional²⁶³. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do “tempo razoável” para a edição da medida omitida, pressuposto este que será analisado em tópico à parte.

Ainda em Jorge Miranda colhe-se o entendimento de que a omissão inconstitucional pode existir em face de quaisquer funções do Estado, podendo se falar em: a) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada); b) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe quando, por exemplo, não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais ou não se promulgam as leis do parlamento; c) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos; d) inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas, e e) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça²⁶⁴.

8.4.2. Momento em que ocorre a omissão inconstitucional

Ao cuidar da inconstitucionalidade por omissão, a Constituição brasileira não determinou o momento preciso de sua ocorrência. Qual seria, portanto, esse momento? Segundo Jorge Miranda, a omissão é relevante sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos e *não o faça em tempo útil*²⁶⁵. Vê-se, portanto, que a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo²⁶⁶, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir exequibilidade à norma constitucional.

263. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 518.

264. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 507-509.

265. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 507.

266. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 521.

Ante esse elemento temporal, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade por omissão, para ser reconhecida, pressupõe também um juízo sobre o decurso do tempo.

Evidentemente que, quando há fixação de prazo pela própria Constituição, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no momento em que esse prazo finda. Todavia, quando tal prazo não é fixado, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a “razoabilidade” conformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o Direito. Desse modo, sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se deduzir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de “tempo razoável” para a edição da medida faltante.

Observa-se, portanto, quão importante é a determinação do tempo para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão, pois, como bem anota Regina Maria Macedo Nery Ferrari, se não houvesse a definição de um limite temporal para a elaboração dos atos necessários à efetivação dos preceitos constitucionais, “haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais”²⁶⁷.

8.4.3. A omissão inconstitucional e suas modalidades

A omissão inconstitucional, caracterizada como um não fazer o que era devido, em tempo razoável, para integrar uma norma constitucional certa e determinada inexecutável ou de eficácia limitada, pode se manifestar sob variadas modalidades ou espécies. Assim, a omissão inconstitucional pode ser: a) *total e parcial*; b) *formal e material*; c) *absoluta e relativa*.

Vejamo-las.

8.4.3.1. Omissão inconstitucional total e parcial

Viu-se que a omissão, para ser reconhecida como inconstitucional, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação. Vale dizer, a

267. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 227.

Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. É precisamente neste aspecto – atuação devida do poder público que *não se realiza* ou *não se realiza a contento* – onde se identificam as duas modalidades de omissão inconstitucional conhecidas como: *omissão total* e *omissão parcial*. Será total, quando a indevida abstenção é integral, consistindo, pois, na absoluta falta de ação. Será parcial, quando o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição²⁶⁸.

Quanto à omissão total, inexistente qualquer dificuldade para sua identificação, pois a simples ausência do atuar, quando devido, a caracteriza. O mesmo não ocorre, porém, na omissão parcial que, não raro, pode consistir em inconstitucionalidade por ação, haja vista que no caso de uma omissão parcial há também uma conduta positiva²⁶⁹. Essa confusão pode ocorrer em face da violação ao princípio da igualdade, que se verifica sempre quando omissões derivadas de atos concretizadores de imposições constitucionais favorecem certas pessoas ou certos grupos de pessoas ou situações, esquecendo outras pessoas ou outros grupos de pessoas ou situações que preenchem os mesmos pressupostos de fato e que, por isso mesmo, deveriam ser também contempladas pela medida.

268. "Desrespeito à Constituição – modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário." (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03). No mesmo sentido: ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/09/96.

269. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 315.

Essa situação foi abordada na ADIn 526²⁷⁰, proposta contra a Medida Provisória nº 296/91, que concedeu aumento de remuneração a expressiva categoria de servidores estatais, em alegada ofensa ao disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, por haver excluído do benefício outros servidores. Conforme o voto do Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, o órgão de controle da constitucionalidade, nesses casos, se depara com um dilema cruciante: a declaração da inconstitucionalidade por ação, em virtude de violação ao princípio da isonomia e conseqüente nulidade de vantagem que não traduz privilégio, o que conduziria a iniquidades; ou a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a simples comunicação da decisão ao órgão legislativo competente, para que supra a omissão.

Noutro caso, discutido na ADIMC 1458-DF, já não especificamente em virtude de violação ao princípio da isonomia, mas em relação ao insuficiente valor fixado para o salário mínimo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela configuração da inconstitucionalidade por omissão parcial²⁷¹, não avan-

270. "III. Medida Provisória 296/91: reavaliações aparentemente legítimas de carreiras e cargos específicos (arts. 2 e 6); suspeita plausível de dissimulação abusiva de mero reajuste geral da expressão monetária da remuneração do funcionalismo com exclusões discriminatórias (art. 1). IV. Isonomia: dilema da caracterização do vício de legitimidade da lei por 'não favorecimento arbitrário' ou 'exclusão inconstitucional de vantagem': inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial: conseqüências diversas da correspondente declaração de inconstitucionalidade, conforme a caracterização positiva ou negativa da inconstitucionalidade argüida, que, em qualquer das hipóteses, induzem ao indeferimento da liminar requerida. No quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa à isonomia a lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dá alcance universal à revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minorá-la (cf. art. 37, X), ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixa vencimentos díspares (cf. art. 39, par-1). Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1 da Mprov. 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (cf. art. 103, par-2)" (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/91 e DJ 05/03/93).

271. Vale a pena reproduzir, na íntegra, a ementa do acórdão do STF, pelas ricas considerações expendidas pelo seu Relator Min. Celso Mello, que lastreiam, em parte, o presente trabalho, por tratar de delineamentos conceituais da omissão inconstitucional. Eis a ementa: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo

quando, porém, quanto à providência a ser tomada, a não ser aquela ineficaz medida de dar ciência da decisão ao órgão parcialmente omissa, para que supra a inércia.

É evidente que – como defende Gilmar Ferreira Mendes – a declaração da inconstitucionalidade por ação, com a pronúncia de nulidade do ato incompleto, não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nos casos de omissão inconstitucional parcial. Uma cassação

Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delimitou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de identificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente" (J. 23/05/96 e DJ 20/09/96, p. 34531).

agravaria, segundo o autor, o estado de inconstitucionalidade²⁷². Eis sua opinião:

"Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (*declaração de nulidade*) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados"²⁷³ (*grifado no original*).

Portanto, a opção pela nulidade do ato normativo é injustificada e incongruente, não só porque a ilegitimidade não está no que é expresso, mas naquilo que é omissa, e também porque uma omissão não razoável do legislador não pode conduzir a uma declaração de inconstitucionalidade, com pronúncia de nulidade de outras normas, em si razoáveis²⁷⁴.

Coerente com seus argumentos, Gilmar Mendes propõe, na linha da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a adoção no Direito brasileiro da técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*. Consoante o autor, a introdução de um sistema para o controle da omissão inconstitucional e a constatação de que a omissão transgressora deve ser suprida pelos próprios órgãos legiferantes, são os pressupostos necessários para o desenvolvimento dessa técnica no Brasil²⁷⁵.

O que se deve entender, entretanto, é que, quando essa omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma *deliberada intenção* do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão²⁷⁶.

Na primeira hipótese, e compartilhando com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia de nulidade, salvo se se constatar que a concessão da vantagem consistiu num privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição, caso em que deverá haver a nulidade. E assim deve ser porque, nesta primeira

272. *Jurisdição constitucional*..., op. cit., p. 317.

273. *Ibidem*, p. 318.

274. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 334, onde cita decisão da Corte Constitucional italiana.

275. MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 319.

276. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*..., op. cit., p. 969.

situação, está claro que o legislador não quis contemplar o restante do grupo, não podendo o Judiciário outra coisa fazer senão a declaração de inconstitucionalidade por ação (mas sem a pronúncia de nulidade). Na segunda hipótese, já não se comunga com a posição do citado autor, uma vez que, como houve apenas um “esquecimento” ou “equívoco”, sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equívoco e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido²⁷⁷. Essa providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas sentenças *aditivas*, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa.

Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal “corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado”.²⁷⁸ Na Alemanha, entre declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se, consoante informa Clèmerson Merlin Clève, uma terceira opção: declara-se a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, definindo-se prazo para que o legislador a supra, eliminando a disparidade de tratamento ofensiva ao princípio da isonomia, com a reserva de o próprio *Bundesverfassungsgericht* removê-la diretamente, em caso de persistir a omissão²⁷⁹.

Nada obstante, pode-se valer aqui de um critério objetivo para distinguir a inconstitucionalidade por omissão parcial da inconstitucionalidade por ação: na inconstitucionalidade por ação, o poder público atua *de encontro* à norma constitucional (ou seja, contrário a ela), já na inconstitucionalidade por omissão parcial ele atua *ao encontro* da norma constitucional, porém não a efetivando totalmente. É o caso, por exemplo, do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que assegura a todos os trabalhadores o direito ao salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Se for editada uma lei que autorize o pagamento, ao trabalhador, de um salário inferior ao mínimo fixado nacionalmente, está-se

277. No mesmo sentido, ver Eduardo Appio, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, p. 122: “Concluindo, o Poder Judiciário poderá atuar como legislador positivo em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à vista do texto constitucional, sendo que as omissões parciais poderão ser resolvidas à luz da aplicação da interpretação conforme à Constituição, de molde a ampliar o âmbito de abrangência de determinado benefício previsto em lei”.

278. D'ORAZIO, Giustino. *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico 1, Milano, 1992, *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 334.

279. Op. cit., p. 335.

diante, inegavelmente, de uma inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, se vier a ser elaborada uma lei que fixe o próprio valor do salário mínimo, em quantitativo incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, etc, tem-se uma inconstitucionalidade por omissão parcial.

Ademais da omissão total e parcial, a doutrina mais recente vem defendendo a possibilidade de omissão inconstitucional pelo não cumprimento da obrigação do poder público em melhorar ou corrigir as normas de prognose (previsão) incorretas ou defasadas em face de circunstâncias supervenientes. Nesse caso, a omissão consistirá, não na ausência total ou parcial de medida para tornar efetiva norma constitucional, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das medidas existentes. A não adaptação ou o não aperfeiçoamento dessas medidas assumirá particular relevância quando dela resultarem consequências graves para a efetivação dos direitos fundamentais²⁸⁰.

8.4.3.2. Omissão inconstitucional formal e material

Fazemos alusão a tal distinção apenas pelo interesse acadêmico. Explicamos: a omissão formal e a omissão material nada mais são do que omissão total e parcial, respectivamente.

Com efeito, quem faz essa distinção sustenta que a omissão inconstitucional pode derivar das seguintes situações: (a) quando o legislador não emana qualquer preceito a realizar as imposições constitucionais; (b) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros (é o chamado “não favorecimento arbitrário”), e (c) quando essas leis de execução excluem arbitrariamente alguns cidadãos, total ou parcialmente, das vantagens concedidas a outros (é a chamada “exclusão inconstitucional de vantagens”)²⁸¹. Na letra (a), temos a omissão total, aqui denominada de formal. Nas letras (b) e (c), temos a omissão parcial, aqui denominada material.

8.4.3.3. Omissão inconstitucional absoluta e relativa

As omissões absolutas decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao princípio da igualdade. Enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia

280. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 968.

281. Idem, *Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 333-334.

ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício.

Assim, segundo Canotilho, nas omissões relativas não há a exigência de edição da lei, existindo a omissão apenas quando o legislador voluntariamente resolveu intervir, violando o princípio da igualdade²⁸².

Clèmerson Merlin Clève, tratando das modalidades de omissão inconstitucional, descreve, em síntese lapidar, que as omissões totais e formais correspondem sempre ao descumprimento de um dever autônomo de legislar e que, por isso mesmo, também são omissões absolutas. Já as omissões parciais e materiais podem derivar da insuficiente satisfação de um dever autônomo de legislar ou do descumprimento do princípio da isonomia, circunstância que, na primeira hipótese, são omissões absolutas, e, na segunda hipótese, omissões relativas²⁸³.

8.4.4. As omissões controláveis

Em face da Constituição Federal de 1988, *todo ato omissivo do poder público que inviabilize a efetividade de uma norma constitucional está sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade*. Assim, não apenas as omissões legislativas, mas também as omissões de medidas de natureza administrativa (como os decretos, os regulamentos, as instruções, as portarias, as ordens de serviços, as circulares, as decisões administrativas, as resoluções, etc) estão sujeitas ao controle da constitucionalidade por via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse particular, o Brasil distanciou-se de sua fonte inspiradora. Com efeito, a Constituição portuguesa restringiu a ação de inconstitucionalidade por omissão às *omissões legislativas* (art. 283º, nº 1)²⁸⁴. A Constituição brasileira, mais avançada neste ponto do que a portuguesa, considera omissão inconstitucional, controlável pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, toda e qualquer medida dos órgãos políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, necessárias para tornar efetiva norma constitucional.

282. *Constituição Dirigente...*, op. cit., p. 335.

283. Op. cit., p. 328.

284. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 971. Segundo o autor, o "destinatário das imposições constitucionais e das ordens de legislar, cujo não cumprimento conduz à inconstitucionalidade por omissão, é, nos termos constitucionais, o legislador (...), dado que a Constituição se refere expressamente a 'medidas legislativas necessárias' ". No mesmo sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, T. II, op. cit., p. 520: "Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias (...)".

É significativa, portanto, a diferença entre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por ação e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Naquela, tem-se um ato normativo (positivo, por óbvio) que deve ter, necessariamente, relação direta e imediata com a Constituição, de tal modo que dele ficam excluídos os atos normativos secundários (regulamentos de execução, por exemplo) e os atos concretos. Nesta, tem-se uma omissão de ato, *normativo* ou *não*, cujo conceito envolve qualquer medida, ainda que secundária ou concreta, mas desde que necessária para tornar efetiva uma norma constitucional.

Ora, o que a Constituição exige é a omissão de "medida para tornar efetiva norma constitucional", sem reclamar que sejam necessariamente normativas, tanto que pressupõe que a medida seja de responsabilidade de qualquer órgão político do Estado (Congresso Nacional e suas Casas Legislativas, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores; Presidência da República, Governadorias dos Estados e Prefeituras Municipais; Órgãos Judiciários) ou de qualquer órgão administrativo do Estado (Ministérios de Estado, Secretarias de Estado, Secretarias Municipais, etc). A Constituição, portanto, não requer que essas medidas tenham necessariamente caráter normativo. Sendo assim, entendemos que a omissão de medidas concretas também pode ser objeto de controle de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁸⁵.

É o caso, por exemplo, da omissão da União em realizar concurso público para professores universitários ou em disponibilizar certos serviços públicos previstos na Constituição. Como tais providências são de cunho administrativo, não haverá nenhuma dificuldade, pois, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade da omissão consistente em adotá-las, o Supremo Tribunal Federal mandará que o órgão administrativo competente da União supra a omissão e realize, no prazo máximo de trinta dias, aquelas providências, a teor da parte final do § 2º do art. 103.

Contudo, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente as omissões de *medida normativa* podem constituir objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Corte, portanto, vem excluindo as omissões de medidas concretas do controle de constitucionalidade por meio dessa ação direta²⁸⁶, o que não se nos afigura correto ante a clara disposição constitucional.

285. Nesse sentido, Roque Carrazza, op. cit., p. 349; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4º, T. III, 1997, p. 266 e, aparentemente, Flávia C. Piovesan, op. cit., p. 115. Contra, CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 343.

286. ADIN 19-5, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 14.04.89, RT 645/184 e ADIN 297.

As omissões controláveis podem assumir todas aquelas modalidades acima examinadas. Assim, tanto as *omissões totais* como as *omissões parciais* desafiam controle de constitucionalidade.

8.4.5. A omissão constitucional no Direito Comparado

A doutrina e a jurisprudência de diversos países vêm dispensando acurada atenção ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, visando conferir-lhe adequado tratamento em face dos inúmeros problemas teóricos e práticos que vem suscitando.

Países como Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, Espanha²⁸⁷, Costa Rica²⁸⁸ e Hungria, apesar de não possuírem norma constitucional expressa que institua a inconstitucionalidade por omissão, têm, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muito semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas. Assim, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, estes Tribunais realizam autêntico julgamento da inconstitucionalidade por omissão, isto é, não por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve²⁸⁹. E tais julgados têm, efetivamente, alcançado a concretização de preceitos constitucionais.

Na Alemanha, por exemplo, a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* passou a admitir o controle das omissões, através do processo de concretização (*konkretisierung*), quando a inércia do legislador obstava o exercício dos direitos fundamentais²⁹⁰. Relativamente às omissões parciais, a Corte Constitucional, sem invalidar a norma existente, recomendava ao Poder Legislativo que a aperfeiçoasse para contemplar as situações excluídas.

287. Sobre o tema, ver Jose Julio Fernandez Rodriguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, 1998; Marcos Gómez Puente, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, 1997; I. Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; Maria A. Ahumada, 'El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas'. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991.

288. Ver Magda Inés Rojas Chaves, "Control de constitucionalidad por omisión". In: *Revista de Derecho Constitucional*. San José de Costa Rica, nº 02, maio-agosto, 1991, p. 09 e s.. Na Costa Rica, embora a Constituição não disponha a respeito, a inconstitucionalidade por omissão está prevista atualmente na Lei da Jurisdição Constitucional - Lei 7.315, de 18 de outubro de 1989 - cujo art. 73, alínea f, admite a possibilidade de ação de inconstitucionalidade "contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas".

289. Jorge Miranda, op. cit., p. 511.

290. Essa orientação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que não se limita à mera declaração da omissão inconstitucional, pois avança para integrar a ordem jurídica violada pela omissão, foi adotada a partir da sentença nº 26, de 29 de janeiro de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), proferida a respeito do art. 6, nº 5, da Constituição, segundo o qual a lei deveria dar aos filhos ilegítimos condições de desenvolvimento físico e espiritual e uma situação na sociedade idênticas às dos filhos nascidos do casamento.

Na Itália, a *Corte Costituzionale* vem solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças *aggiuntive* ou *additive*²⁹¹.

Outro tanto sucede com os Estados Unidos, cujos tribunais, notadamente a *Supreme Court*, têm exercido o poder de solicitar dos órgãos legislativos que editem leis que consideram necessárias para o exercício dos direitos constitucionais dos cidadãos²⁹².

Surpreendente, contudo, é o que ocorre na Índia, em razão do que prevê o art. 32, nº 2, da Constituição de 26 de novembro de 1949 daquele país, segundo o qual o Supremo Tribunal indiano tem poder de emitir diretivas ou ordens destinadas à efetivação dos direitos fundamentais²⁹³.

291. Sobre o tema, ver Costantino Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". In: *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Milan: Giuffrè, vol. III, 1972; Franco Modugno, "Corollari del principio di 'legittimità costituzionale' e sentenze 'sostitutive' della Corte". *Giur. Cost.*, 1969, p. 91 e s.; Idem, "La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1646 e s.; Gaetano Silvestri, "Le sentenze normative della Corte costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1684 e s. e Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1987.

292. Ver Robert A. Schapiro, "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction". In: *The Yale Law Journal*, vol 99, 1989, p. 231 e s..

293. "Art. 32 - 2. O Supremo Tribunal tem poder de emitir diretivas ou ordens, incluindo de *habeas corpus*, *mandamus*, proibição, *quo warranta* e *certiorari*, destinadas à efetivação dos direitos conferidos por esta parte da Constituição". Analisando o tema, aduz Sergio Fernando Moro, *Jurisdição constitucional como democracia*, p. 251-252, que "os artigos 32 e 226 (da Constituição Indiana) conferem à Suprema Corte e a Corte Superior, respectivamente, o poder de emitir diretivas, ordens ou writs para atingir os objetivos dos referidos artigos. As cortes têm emitido diretivas para propósitos variados. Em ações de interesse público, a Suprema Corte e a Corte Superior têm emitido várias diretivas para a formação de comitês ou exigindo do governo que desenvolva certas instituições. Elas podem constituir ordens específicas às partes para fazer ou não fazer alguma coisa. Por exemplo, as diretivas no caso Azad Rikshaw Pullers exigiram do Banco Nacional de Punjab que efetuasse financiamentos aos puxadores de riquixás (para aquisição desses veículos) e contêm todo um esquema para o reembolso desses financiamentos. As diretivas em Common Cause v. Índia estabelecem como o sangue deve ser coletado, armazenado e concedido para transfusão e como a transfusão de sangue pode ser feita livre de contaminação. Diretivas foram dadas ao governo para disseminar educação ambiental através de slider em cinemas ou em aulas especiais em escolas e colégios. A Suprema Corte baixou diretivas sobre como os filhos de prostitutas devem ser educados, sobre qual deveria ser a estrutura de pagamento de taxas em colégios privados de medicina e engenharia, para preparar uma estrutura para a construção de pavimentos em moradias, e ainda como a Central de Inteligência (...) deveria ser isolada de influências indevidas na condução de investigações contra ocupantes de cargos elevados.' As diretivas servem para preencher lacunas legislativas ou mesmo para regular matérias que ainda não foram objeto de provisão pelo legislativo e, portanto, podem ser substituídas por legislação superveniente. Assim, por exemplo, em Vishaka v. State of Rajasthan, de 1997, a Suprema Corte baixou diretivas para implementar a igualdade entre os sexos no ambiente de trabalho que estaria ameaçada por assédio sexual às mulheres em virtude da ausência de legislação a esse respeito. Por oportuno, transcreve-se desta decisão o seguinte trecho que é elucidativo acerca do alcance das diretivas judiciais indianas: 'Em vista do acima exposto e da ausência de lei promulgada para garantir a igualdade sexual e a proteção contra o assédio e o abuso sexual, mais particularmente contra o assédio sexual em ambiente de trabalho, nós baixamos as linhas e normas

Mas, segundo informa Jorge Miranda²⁹⁴, a primeira Constituição que instituiu expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974. Com efeito, prevê esta Carta Política, no art. 377º:

"Artigo 377º. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembléia da República Socialista Federativa da Iugoslávia."²⁹⁵

A ela, como se sabe, se seguiu a Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. No art. 283º, a Constituição portuguesa dispôs sobre a inconstitucionalidade por omissão nos seguintes termos:

"Artigo 283º

(Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos Presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente."

À Constituição portuguesa seguiu-se, por profunda influência desta, a Constituição brasileira de 1988 (art. 103, § 2º e 5º, LXXI).

8.5. Decisão e seus efeitos

Segundo dispõe o § 2º do art. 103 da Constituição Federal, a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará disso ciência ao poder competente, para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para suprir a omissão no prazo de trinta dias.

Esse dispositivo, como já se afirmou, deve ser interpretado conjuntamente com outros preceitos da Constituição e em face das razões que motivaram

especificadas a seguir para serem devidamente observadas em todos os locais de trabalho ou em outras instituições, até que seja promulgada legislação com esse propósito. Isto é feito no exercício do poder disponibilizado pelo artigo 32 da Constituição para efetivação de direitos fundamentais e enfatizamos que isto deve ser tratado como lei declarada por esta Corte sobre o artigo 141 da Constituição".

294. Ibidem, p. 512.

295. Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia. In: *Constituições de diversos países*, II volume, p. 89-172.

o constituinte a introduzi-lo no texto da Constituição vigente. Com efeito, não se deve ignorar que uma das maiores preocupações – justificadas, registre-se – que permearam toda a discussão constituinte consistiu na formulação de soluções que visassem sanar o grave problema da falta de efetividade da própria Constituição ante a perspectiva, comum no passado, de omissões do poder público na adoção de medidas de concretização constitucional. Tal preocupação mostrou-se patente com a disposição do constituinte em instituir duas ações constitucionais – o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – especialmente destinadas a remediar a inércia dos órgãos estatais, em que pese distinguirem-se quanto a seus fins imediatos. O propósito fundamental era o de que os direitos fundamentais, por falta de atos normativos que os viabilizassem, não permanecessem no plano das aspirações irrealizadas²⁹⁶.

O controle de constitucionalidade das omissões do poder público foi originado desse propósito. Disto percebeu Michel Temer, ao confirmar que

"A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes"²⁹⁷

Se assim o é, não podemos nos limitar a interpretar literalmente o que dispõe aquela norma em pauta, pois aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao órgão inerte, a fim de que ele supra a omissão, não condiz com o real intento do legislador constituinte, haja vista que tal resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo, da não efetividade da Constituição. É o caso, portanto, de interpretar o § 2º do art. 103 – na parte em que se limita a determinar dar "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" – extensiva e sistematicamente, porquanto ele proclamou menos do que pretendeu efetivamente proclamar.

296. Nesse sentido, Roque Carrazza, op. cit., p. 346.

297. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit., p. 51-52.

De percebe-se, destarte, que a partir de uma simples interpretação literal e isolada daquele preceptivo constitucional não há como *realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte*, como pretendeu TEMER, pois nada garante que o poder público omissor, comunicado da decisão, irá suprir a sua omissão. Nesse caso, é forçoso concluir que a *garantia* da efetividade da Constituição continuará *sem garantia*. Não satisfaz ao propósito constitucional, outrossim, cogitar-se de outros meios alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão, que representa providência meramente ancilar no controle de constitucionalidade da omissão²⁹⁸.

A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantá-las as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição. Enfim, a tônica de qualquer controle de constitucionalidade, quer da ação, quer da omissão, é afastar, de alguma forma, e com eficácia, a violação à Constituição que macula a unidade do sistema jurídico-constitucional. E uma decisão que redunde em simples comunicação não tem o condão de sanar essa violação.

Logo, impõe-se defender *um plus* àquele efeito literal previsto no § 2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissor, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o

298. A propósito disto, ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, op. cit., p. 114, assegura que: "A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através de coisa julgada".

princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais²⁹⁹.

Estar-se-ia, portanto, satisfazendo o princípio da supremacia e efetividade da Constituição sem violar a tão invocada liberdade política de legislar do Poder Legislativo. Sim, porque o Poder Judiciário não obrigaria o Poder Legislativo a legislar. Este não perderia, por conseguinte, a sua autonomia. O Poder Judiciário apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, vale dizer, *realizando, na sua plenitude, a vontade constituinte*, concretizando o preceito constitucional carente de regulamentação.

Esse efeito, contudo, na hipótese de omissão de medida legislativa, estaria sujeito a limites. O Poder Judiciário não poderia dispor normativamente sobre matérias constitucionais que envolvessem, por exemplo, projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias. Tampouco que se relacionassem a projetos de leis de princípio institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo). Para solucionar esse problema dos limites à atuação suplementar do Poder Judiciário, que aqui se defende, nas hipóteses de omissões legislativas, Flávia C. Piovesan propõe o seguinte:

"(...) haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação"³⁰⁰.

Concorda-se aqui com a autora. Mas é preciso enfatizar que cumprirá somente ao Poder Judiciário essa avaliação: se pode razoavelmente atuar

299. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 50-51. Segundo o autor, "a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais". No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 108-110.

300. Op. cit., p. 109.

suprindo a omissão inconstitucional do poder público, dispondo a respeito da matéria, na efetivação das normas constitucionais carentes de regulamentação. A idéia é que essa atividade supletiva seja a regra, o que é reforçada com o reconhecimento do direito fundamental à efetivação da Constitucional, defendido alhures³⁰¹.

Sem embargo, existe outra solução possível. Na própria decisão, pode o STF determinar o trancamento da pauta do Congresso Nacional, caso transcorrido *in albis* o prazo fixado pela Corte sem que o Legislativo edite o ato. Essa providência tem previsão constitucional para o processo legislativo de conversão das medidas provisórias e naquele em que o Presidente da República solicita urgência, podendo aqui ser aplicada por analogia, visando a efetividade da Constituição.

Decerto que, tratando-se de omissão de medida de natureza não legislativa, essas dificuldades inexistirão. As medidas não legislativas, ainda que normativas (como os regulamentos), são geralmente de responsabilidade de um só agente público (Chefes do Poder Executivo, por exemplo), ou de órgãos meramente administrativos – nesta hipótese, a própria Constituição confere à decisão do Judiciário um efeito mais real e concretizante: “em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” –, o que revela a não complexidade da matéria e a inexistência daquele óbice acima reportado.

Em caso de omissão parcial, a solução parece ser mais simples. Aqui, cumprirá ao Poder Judiciário, não uma atuação de suplementação integral, mas de complementação da medida já adotada, porém não satisfatória, a fim de torná-la suficientemente capaz de concretizar integralmente a norma constitucional. Consoante vimos noutra oportunidade, há situações em que a omissão parcial se verifica em virtude da violação ao princípio constitucional da isonomia. Isso ocorre quando, em razão de uma equivocada apreciação das situações de fato, um grupo de pessoas é excluído indevidamente de um determinado benefício concedido a outro grupo, sem que exista, contudo, qualquer propósito deliberado e arbitrário de exclusão. Nessa hipótese, como houve apenas um “esquecimento” ou “equivoco”, sem o qual o legislador também atenderia o restante do grupo, pode o Judiciário perfeitamente, em face da parcial omissão inconstitucional, corrigir o equivoco e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido. Essa providência vem

sendo adotada pela Corte Constitucional italiana, através das chamadas sentenças *aditivas*, proferidas para colmatar a falta da previsão legislativa.

Através dessas sentenças aditivas, o Tribunal corrige uma situação normativa que obsta a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações iguais, que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado³⁰². Relembre-se que, na Alemanha, entre declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se uma terceira opção: declara-se a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, definindo-se prazo para que o legislador a supra, eliminando a disparidade de tratamento ofensiva ao princípio da isonomia, com a reserva de o próprio *Bundesverfassungsgericht* removê-la diretamente em caso de persistir a omissão³⁰³.

Enfim, o que releva sublinhar é que, seja de natureza legislativa ou não, seja total ou parcial, a omissão do poder público não pode interditar os desígnios constitucionais e o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição brasileira, que é, como vimos, uma Constituição marcadamente dirigente, compromissária com os ideais de uma justiça social e com a dignidade da pessoa humana. Nesse passo, é imperioso encontrar-se solução que dê efetiva e real vazão a todos esses compromissos assumidos pelo texto supremo. Uma solução que garanta, em termos verdadeiros, a efetividade da Constituição. E uma decisão que conduza a uma singela comunicação, não corresponde a uma solução real, mas meramente fictícia.

A atuação supletiva do Poder Judiciário, dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição. Insista-se neste ponto: não há qualquer lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes; o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, para efetivar as normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas.

Nessa ordem de idéias, cremos não assistir razão àqueles que invocam os princípios da democracia e da divisão de poderes como óbices à possibilidade de atuação judicial supletiva. Como já tivemos oportunidade de

301. Conforme o nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

302. D'ORAZIO, Giustino. *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico 1, Milano, 1992, apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 334.

303. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 335.

examinar neste trabalho, estes princípios, longe de representarem empecos à atuação judicial integrativa da ordem jurídico-constitucional, antes a confirmam. Ora, não podemos olvidar que, na hipótese, o que está em jogo é a efetividade e a aplicação integral da própria Constituição, enquanto plano normativo-material global do Estado e da Sociedade, fruto da vontade soberana do povo. Assim, velhos dogmas não podem servir de embaraços à efetividade daquilo que congrega todas as aspirações de um povo, que de sua própria Constituição espera haurir toda sua felicidade.

Recorde-se que, mesmo em países que não possuem explicitamente um sistema de controle das omissões do poder público, como a Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, a Espanha, têm-se, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muitos semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas. Assim, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, estes Tribunais têm realizado autêntico julgamento da inconstitucionalidade por omissão, logrando concretizar, com aqueles tipos de provimentos judiciais, os preceitos constitucionais. A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, por exemplo, tem conferido eficácia plena aos preceitos constitucionais mediante o processo de concretização (*Konkretisierung*), nos casos de omissão³⁰⁴.

Não se tem dúvida, portanto, da viabilidade da solução acima apontada. Aceitá-la é questão de ter *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*), à qual se referiu Konrad Hesse. A não ser assim, a Constituição e, com ela, toda a comunidade jurídica e operadores do direito ficarão reféns da boa vontade do legislador, que certamente não terá boa vontade, se se invocar a experiência do passado. Ou, parodiando Chico Buarque de Holanda, ficarão todos ao “Deus dará”. Mas, “e se Deus não der?”.

Por isso mesmo, é absolutamente procedente a preocupação de Paulo Bonavides a respeito da funcionalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, externada nos seguintes termos:

“Em virtude do volume e extensão da matéria programática inserida na Constituição, aquela garantia, formulada para conferir juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais respectivas, se acaso malograr, será indubitavelmente em futuro não longínquo um fator desestabilizante da própria ordem constitucional e do Estado social que ela buscou estabelecer e resguardar”.

304. BVerfGE, 25:167-82, sobre o art. 5º, nº 5, da Lei Fundamental; BVerfGE, 10:302-29, sobre o art. 104, nº 2, da Lei Fundamental; BVerfGE, 3:225-39, sobre o art. 117, nº 3, parte 2ª, da Lei Fundamental, *apud* Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol 4, p. 344.

Ademais, é sensato esclarecer que a providência supletiva do Poder Judiciário, que ora se defende, é menos drástica do que aquela que invalida uma lei. Ora, na primeira hipótese, o Judiciário apenas integra uma norma constitucional, que necessita dessa integração. Na segunda, o Judiciário invalida uma lei elaborada pelo Legislativo com a sanção do Executivo.

Não é esse, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. A Suprema Corte, à semelhança de como procede com o mandado de injunção, tem se recusado a conferir um *efeito de solução* à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como decidiu a Corte, na pena do Min. Celso de Mello, não “assiste ao Supremo Tribunal Federal, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”³⁰⁵.

Tal raciocínio, como se percebe facilmente, não leva em conta, *data vênia*, o sistema jurídico-constitucional, mas tão-somente a *literalidade* da norma apontada (art. 103, § 2º). Talvez seja o momento de o Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição, passar a adotar as técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas, seguindo a linha de orientação dos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Itália, por exemplo.

Nunca é tarde para mudar. Somente a partir de uma revisão crítica de sua própria orientação, poderá o Supremo Tribunal Federal transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de sua atual posição de simples peça figurativa integrante de uma ordenação constitucional fragilizada, em efetivo instrumento de controle da constitucionalidade das omissões do poder público com fins verdadeiramente garantísticos em um sistema constitucional de normatividade plena, integral e eficaz.

Creemos que tudo é questão de tempo. E uma renovação na própria composição do Excelso Tribunal pode ser um importante passo para essa mudança.

E esse passo já foi dado com efeitos importantíssimos. Em julgamento realizado na sessão plenária de **09 de maio de 2007**, o Supremo Tribunal

305. ADIN 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.09.96, p. 34.531. Segundo o relator, a “*procedência* da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, *unicamente*, o poder de *cientificar* o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional”.

Federal, em decisão inédita exarada em sede de ADI por omissão, reconheceu, além da mora do legislador relativamente à omissão da regulamentação do § 4º³⁰⁶ do art. 18 da Constituição Federal, o **dever constitucional de legislar** do Congresso Nacional, com o que impôs ao órgão legislativo da União o prazo de 18 meses para cumprir a sua obrigação, e elaborar a lei complementar a que se refere aquele preceito constitucional. Deixou claro a Suprema Corte que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui **sentença de caráter nitidamente mandamental**, que **impõe**, ao legislador em mora, o **dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade**³⁰⁷.

306. "§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

307. ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. Salientou-se que, considerado o lapso temporal de mais de 10 anos, desde a data da publicação da EC 15/96, à primeira vista, seria evidente a inatividade do legislador em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar (CF, art. 18, § 4º – norma de eficácia limitada). Asseverou-se, entretanto, que não se poderia afirmar uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas. Não obstante, entendeu-se que a "inertia deliberandi" (discussão e votação) também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada morosa, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. Aduziu-se que, na espécie, apesar dos diversos projetos de lei apresentados restaria configurada a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação da lei complementar em questão, sobretudo, tendo em conta a plethora de Municípios criados mesmo depois do advento da EC 15/96, com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns declarados inconstitucionais pelo Supremo, ou seja, uma realidade quase que imposta por um modelo que, adotado pela aludida emenda constitucional, ainda não teria sido implementado em toda sua plenitude em razão da falta da lei complementar a que alude o mencionado dispositivo constitucional. Afirmou-se, ademais, que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade, e que, em razão de esse estado decorrente da omissão poder ter produzido efeitos no passado, faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo. Considerou-se que, no caso, a omissão legislativa inconstitucional produzira evidentes efeitos durante o longo tempo transcorrido desde o advento da EC 15/96, no qual vários Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos Municípios foram efetivamente criados, com eleições realizadas, poderes municipais estruturados, tributos recolhidos, ou seja, toda uma realidade fática e jurídica gerada sem fundamento legal ou constitucional, mas que não poderia ser ignorada pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Em razão disso, concluiu-se pela fixação de um parâmetro temporal razoável – 18 meses – para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal

Espera-se que esse entendimento persista e se consolide na Corte. Está de parabéns o STF. Finalmente, bem interpreta a Constituição brasileira e a posiciona como uma das melhores do mundo, quer em termos de dogmática, quer em termos de respeito e efetivação. Com essa decisão, sai fortalecido o Supremo como verdadeira Corte Constitucional, a conquistar, dia a dia, o apreço de toda comunidade jurídica.

9. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA (REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA)

9. 1. Origem, conceito e finalidade

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva foi originada da Constituição Federal de 1934, com a designação de *representação interventiva*, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 12, V, § 2º), nas hipóteses de ofensa, pelos Estados-membros, aos princípios consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* daquela Constituição (chamados pela doutrina de *princípios constitucionais sensíveis*)³⁰⁸.

Apesar de ter sido suprimida pela Carta de 1937, foi restabelecida pela Constituição de 1946 e mantida nas Constituições que se seguiram. Hodiernameamente, tem fundamento constitucional assentado no art. 36, inciso III, da Constituição de 1988, segundo o qual a decretação da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal dependerá, na hipótese do art. 34, VII – isto é, para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais sensíveis: forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde –, de *provimento*, pelo Supremo Tribunal Federal, de *representação* do Procurador-Geral da República.

reclamada, a qual deverá conter normas específicas destinadas a solver o problema dos Municípios já criados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que, na linha da jurisprudência da Corte, limitavam-se a declarar a mora legislativa, não fixando prazo (Informativo do STF nº 466).

308. "Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; (...) § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade."

Cumpra ressaltar que, nos termos do art. 34 da Constituição Federal de 1988, a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal é *medida excepcional* (pois a regra é a *não intervenção*), que somente pode ocorrer nas seguintes e taxativas hipóteses: (I) manter a integridade nacional; (II) repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; (III) pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; (IV) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; (V) reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; (VI) prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; e, por fim, (VII) assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, conquanto figure nesse contexto amplo e complexo da intervenção federal, apresenta-se como uma *condição* para a União intervir nos Estados e no Distrito Federal quando a finalidade da intervenção for *assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis*, violados por algum ato ou alguma omissão dos órgãos e autoridades daquelas unidades federadas.

Não obstante a denominação de *representação*, que vem desde a Constituição de 1934, não há dúvida de que se trata de verdadeira *ação*, concebida para instaurar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal destinada à resolução de grave conflito federativo entre as entidades da Federação (União x Estados-membros ou União x Distrito Federal). Assim, embora corresponda a uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva não inaugura um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade dos atos estaduais, pois não enseja o exame de lei ou ato normativo em tese. Cuida-se de um controle *concreto*, haja vista o seu objeto concernente à composição de um conflito, embora não se reconduza a um controle incidental³⁰⁹.

Em suma, a Constituição Federal de 1988, no art. 34, inciso VII, autoriza a União, excepcionalmente, a intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais que elenca – que são doutrinariamente denominados, em face de sua extrema relevância, de *princípios constitucionais sensíveis* – que compreendem, reitera-se, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático;

os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Entretanto, para que a intervenção federal se efetive, é necessário, *previamente*, que a ação direta interventiva (a Constituição de 1988 designa, no art. 36, III, de *representação*), proposta pelo Procurador-Geral da República, seja julgada *procedente* pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, ela tem por finalidade a resolução, num caso concreto, de um *conflito de natureza federativa*, envolvendo, de um lado, a União Federal e, de outro, os Estados-membros ou o Distrito Federal, que pode culminar na decretação da intervenção daquela pessoa política central nestes entes políticos regionais. Isso significa afirmar que tal ação direta não se presta apenas à declaração, quer abstrata, quer concreta, de inconstitucionalidade de um ato ou omissão estadual. A sua principal finalidade é sancionar politicamente o Estado ou o Distrito Federal, com a intervenção federal e a consequente supressão temporária de sua autonomia política, em razão da violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis.

Sendo assim, não se tem aqui um processo objetivo (próprio das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade), mas verdadeiro processo *subjetivo*, por envolver um litígio ou um conflito de interesses entre as unidades políticas da Federação. Não se visa declarar, repita-se, a inconstitucionalidade do ato estadual violador dos chamados princípios constitucionais sensíveis. Uma vez julgada procedente a ação interventiva, “nem por isso estará nulificado o ato estadual. Logo, a consequência da decisão não é a nulidade do ato inquinado, mas a decretação da intervenção federal no Estado”.³¹⁰

Não se pode negar, contudo, que necessariamente deve haver uma declaração de inconstitucionalidade do comportamento (comissivo ou omissivo) do Estado, como único meio, aliás, de reconhecer a não observância, por este, dos princípios constitucionais sensíveis.

Mas é preciso exaltar que, na ação direta interventiva, a *finalidade é a intervenção federal* e esta somente pode ocorrer, em caso de procedência da ação, com o *decreto do Presidente da República*, que (a) especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução da medida interventiva e que, se

309. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 125.

310. Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 130.

couber, nomeará o interventor; ou (b) limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Na primeira hipótese, o decreto de intervenção será submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas; na segunda hipótese, contudo, a Constituição dispensa a apreciação pelo Congresso Nacional.

Ademais da ação direta interventiva (*representação*), de âmbito federal e de competência do Supremo Tribunal Federal, cuja a finalidade é a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados na Constituição Federal no art. 34, VII, cumpre anotar que a Constituição de 1988 também prevê uma ação direta interventiva (*representação*) de âmbito estadual, de competência do Tribunal de Justiça do Estado, cujo o objetivo é a intervenção dos Estados-membros em seus Municípios, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual.

Recentemente foi publicada a Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011, que regulamentou o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da *representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal*. Anote-se que, antes desta Lei, a ação interventiva vinha sendo disciplinada pela Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, e pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 (arts. 19 a 22).

Já a ação direta interventiva (*representação*) de âmbito estadual é disciplinada pela Lei nº 5.778, de 17 de maio de 1972.

9.2. Legitimidade *ad causam*

Desde a origem até a vigente Constituição, a legitimidade para propositura da ação interventiva (*representação interventiva*) perante o Supremo Tribunal Federal constitui monopólio do Procurador-Geral da República, que decide com larga discricionariedade acerca do ajuizamento da ação.

Para nós, o Procurador-Geral da República, na ação direta interventiva, atua como *substituto processual*, agindo em nome próprio, mas na defesa de toda a coletividade³¹¹.

A ação direta interventiva é proposta contra o Estado ou o Distrito Federal responsável pela violação a um dos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal, recaindo sobre ele

311. Nesse sentido, Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 107. Contra, entendendo que o Procurador-Geral da República age como representante judicial da União, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 218 e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições rígidas*, op. cit., p. 192.

a legitimidade passiva da ação, a despeito da Lei 12.562/2011 referir-se a órgãos ou autoridades responsáveis pela prática do ato questionado. A representação judicial da unidade federada acionada será exercida pela respectiva Procuradoria-Geral, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Entretanto, quando o pedido de intervenção federal compreender o Poder Legislativo do Estado ou do Distrito Federal, a representação judicial, relativamente a este Poder, caberá ao Procurador do órgão.

Tratando-se de ação interventiva (*representação interventiva*) perante o Tribunal de Justiça, a legitimidade para sua propositura constitui monopólio do Procurador-Geral de Justiça do Estado (chefe do Ministério Público estadual), que também decide com larga discricionariedade acerca do ajuizamento da ação. Apesar de a Constituição de 1988 não se referir ao legitimado da representação interventiva estadual, a Lei nº 5.778/72, que regulamenta a referida ação, expressamente menciona, no seu art. 2º, o chefe do Ministério Público estadual. Ademais, por *simetria*, se a propositura da ação interventiva no Supremo Tribunal Federal constitui monopólio do Procurador-Geral da República (chefe do Ministério Público da União), a propositura da ação interventiva perante o Tribunal de Justiça estadual constitui monopólio do Procurador-Geral de Justiça do Estado (chefe do Ministério Público estadual). A legitimidade passiva recai sobre o Município que violou, por suas autoridades e órgãos, os princípios constitucionais sensíveis indicados na Constituição do Estado.

9.3. Competência

Tratando-se de intervenção federal, ou seja, de intervenção da União no Estado ou no Distrito Federal, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade interventiva é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos exatos termos do art. 36, III, da Constituição Federal³¹².

Todavia, cuidando-se de intervenção do Estado em seus Municípios, a competência para julgar a ação direta interventiva, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado contra o Município, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados na Constituição do Estado, será exclusivamente do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 35, IV, da Constituição Federal³¹³.

312. "Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal".

313. "Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, (...) exceto quando: (...) IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial."

9.4. Parâmetro e objeto

Como já se afirmou, a ação direta interventiva é proposta em desfavor da unidade federada com o fim de assegurar a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis, violados em face da ação ou omissão daquelas entidades políticas.

Assim, a ação interventiva tem por parâmetro os *princípios constitucionais sensíveis*. Tratando-se de ação direta destinada a viabilizar a intervenção federal nos Estados ou no Distrito Federal, esses princípios sensíveis estão previstos no art. 34, inciso VII, da Constituição Federal (a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde); cuidando-se, porém, de ação direta visando a intervenção do Estado em seus Municípios, os princípios sensíveis são aqueles indicados na respectiva Constituição Estadual.

Constitui, por outro lado, objeto da ação direta interventiva toda ação ou omissão, normativa ou não-normativa, administrativa ou concreta, jurídica ou material, que viola os princípios constitucionais sensíveis³¹⁴. Nesse sentido, a Lei 12.562/2011 prevê, como objeto da ação interventiva, o ato

314. Vide IF nº 114-5/MT, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 27.09.96: "Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". (...) Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". (...) Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-Membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do delegado de polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à polícia civil de mato grosso. Autonomia do Estado-Membro na organização dos serviços de Justiça e segurança, de sua competência (CF, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º)". Vide, também, o RMS 14.691, Rel. Min. Victor Nunes Leal, DJU de 16.06.65.

normativo, o ato administrativo, o ato concreto ou a omissão, desde que imputados a órgãos ou autoridades do Estado ou do Distrito Federal³¹⁵.

Em face da excepcionalidade e gravidade da intervenção federal, o Supremo Tribunal Federal consolidou a sua jurisprudência no sentido de julgar procedente a representação interventiva somente nos casos de manifesto propósito das autoridades do Estado e do Distrito Federal violarem os princípios constitucionais sensíveis e da permanência dos graves fatos que ensejaram a propositura da ação. Assim, para a Corte, "enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes"³¹⁶.

Assim, ainda que efetivamente ocorra a violação a algum dos princípios constitucionais sensíveis, é fundamental, para a procedência da representação interventiva, que os fatos configuradores da lesão permaneçam e subsistam quando do julgamento da ação, em razão da demonstrada omissão das autoridades estaduais ou da ineficácia das medidas político-jurídicas eventualmente adotadas. Quer dizer, dissolvido a quadro revelador da grave crise que a representação interventiva estaria preordenada a remediar, perde todo o sentido a intervenção.

9.5. Procedimento. A LEI Nº 12.562/2011

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, quando se tratar de intervenção federal, está disciplinado na Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011. A ela também se aplica a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 (arts. 19 a 22) e o Regimento Interno do STF (arts. 350 a 354).

315. De fato, estabelece o seu art. 3º, que a petição inicial deverá conter, entre outros requisitos, a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados.

316. STF, Pleno, IF 5179/DF, Rel. Min. Cesar Peluso (Presidente), julgado em 30/06/2010, DJe de 08/10/2010: INTERVENÇÃO FEDERAL. Representação do Procurador-Geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inc. VII, "a", da CF. Adoção, porém, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Situação histórica consequentemente superada à data do julgamento. Desnecessidade reconhecida à intervenção, enquanto medida extrema e excepcional. Pedido julgado improcedente. Precedentes. Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes.

Cumpra advertir que não mais se aplica a esta ação a Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964.

A petição inicial da representação, que será proposta pelo Procurador-Geral da República, deverá conter: (I) a indicação do princípio constitucional sensível que se considera violado; (II) a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados; (III) a prova da violação do princípio constitucional sensível; e (IV) o pedido, com suas especificações.

É imperioso esclarecer que a petição inicial da representação deve expor os fundamentos de cada pedido, apresentando a motivação suficiente à procedência e à necessidade e proporcionalidade da intervenção. Se o pedido de intervenção federal compreender mais de um Poder do Estado-membro ou do Distrito Federal, deve o Procurador-Geral da República fundamentar o pedido em relação a cada Poder, especificando, relativamente a cada um, a necessidade da intervenção, bem assim a sua amplitude, prazo e medidas que entender relevantes e indispensáveis.

A petição inicial será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter, se for o caso, cópia do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação (Lei nº 12.562/11, art. 3º).

A petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator, quando não for o caso de representação interventiva, faltar algum dos seus requisitos acima indicados ou for inepta. Desta decisão cabe agravo para o plenário, no prazo de 5 (cinco) dias (Lei nº 12.562/11, art. 4º).

Proposta a ação no Supremo Tribunal Federal, e recebida a inicial, o relator, que será sempre o Presidente do Tribunal (conforme RISTF, art. 352)³¹⁷, tomará as providências oficiais que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido (RISTF, art. 351). Isto é, se recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno do Tribunal (Lei nº 12.562/11, art. 6º, § 2º).

Após, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão lesiva a princípio constitucional sensível, que as prestarão em até 10 (dez) dias. Decorrido o prazo

317. Muito embora o Regimento Interno do STF vincule a relatoria da representação interventiva ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 12.562/11 não faz essa vinculação, sugerindo que o relator da ação pode ser qualquer Ministro da Corte. A Lei nº 12.562/11 apenas estabelece que, caso seja julgada procedente a ação, cumpre ao Presidente do Supremo Tribunal Federal requisitar ao Presidente da República a decretação da intervenção federal ou a suspensão da execução do ato impugnado, conforme o caso (art. 11).

para prestação das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 10 (dez) dias (Lei nº 12.562/11, art. 6º). Ao Advogado-Geral da União cumpre o papel de *defensor ou curador da presunção de constitucionalidade* do ato questionado, não de representante judicial da União. E ao Procurador-Geral da República foi reservada a função, nesta fase processual, de *custos constitutionis*, podendo, nesta condição, se manifestar livremente segundo suas convicções, inclusive, contra a própria ação que propôs.

Ao fim da manifestação do Procurador-Geral da República, poderá o relator, se entender necessário, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que elabore laudo sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ademais, poderão ser autorizadas, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo (Lei nº 12.562/11, art. 7º).

Vencidos todos os prazos e, se for o caso, realizadas as diligências acima, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento da ação (Lei nº 12.562/11, art. 8º). Em que pese a omissão da Lei nº 12.562/11, na sessão de julgamento, findo o relatório, poderão usar da palavra, na forma do Regimento Interno do Tribunal, o Procurador-Geral da República, sustentando a arguição, e o Procurador dos órgãos estatuais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato impugnado.

Tratando-se de intervenção do Estado em seus Municípios, o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva está disciplinado na Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972, que, por sua vez, determina a aplicação da Lei 4.337/64 (que regulava a representação interventiva de competência do STF). A Lei 5.778/72, ademais, permite ao relator, a requerimento do chefe do Ministério Público estadual, suspender *liminarmente* o ato impugnado.

9.6. Da medida liminar

A Lei nº 12.562/11 inovou em relação à Lei nº 4.337/64, para prever a possibilidade de medida liminar, antes inexistente, na ação direta interventiva perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, na representação interventiva, poderá o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir o pedido de medida liminar, quando formulado e presentes os seus requisitos, que

poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ação (Lei nº 12.562/11, art. 5º). São requisitos da medida liminar o perigo da demora (*periculum in mora*) e a plausibilidade jurídica dos fundamentos da ação (*fumus boni iuris*).

De observar-se que a competência para decidir sobre o pedido de medida liminar não é do relator da ação, mas do plenário do Tribunal. No entanto, antes de submeter o pedido da medida liminar ao exame do plenário da Corte, o relator poderá, se entender conveniente, ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias.

9.7. Decisão E EFEITOS

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a representação interventiva somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros (Lei nº 12.562/11, art. 9º).

Todavia, cumprido o quórum mínimo de presença para a realização do julgamento (oito Ministros), a decisão pela procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva dependerá da manifestação, num ou noutro sentido, de pelo menos 6 (seis) Ministros (Lei nº 12.562/11, art. 10º). Por isso mesmo, estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será suspenso, a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão (seis Ministros).

Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados. Porém, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, após publicado o acórdão, levará a decisão ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal (Lei nº 12.562/11, art. 11º).

Dentro do prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é irrecurável, sendo insuscetível de impugnação por ação

rescisória (Lei nº 12.562/11, art. 12º). Porém, é possível a interposição de embargos de declaração, nos casos de obscuridade, contradição ou omissão no julgado.

Em suma, julgada procedente a ação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente comunicará a decisão às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados e **requisitará** a intervenção ao Presidente da República.

Ciente da decisão do Supremo Tribunal, o Presidente da República *deverá*, sob pena de crime de responsabilidade (conforme a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, art. 12, nº 3³¹⁸), **decretar a intervenção federal** no Estado ou no Distrito Federal, exatamente para assegurar a observância, por parte dessas unidades federadas, do princípio sensível afrontado. Nesse caso, o *decreto do Presidente da República* especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução da medida interventiva e, se couber, nomeará o interventor. A intervenção pode incidir sobre qualquer dos Poderes do Estado e do Distrito Federal, embora seja mais comum recair sobre o Poder Executivo.

Decretada a intervenção federal, o decreto do Presidente da República será submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas. Se o Congresso Nacional não estiver funcionando, far-se-á sua convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas. O Congresso Nacional pode aprovar a intervenção federal ou imediatamente suspendê-la, nos termos do art. 49, IV, da Constituição³¹⁹.

Todavia, prevê a Constituição que o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF/88, § 3º do art. 36), não havendo, no caso, razão para a intervenção. Por esse motivo, o decreto do Presidente da República não será submetido à apreciação do Congresso Nacional.

10. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

10.1. Origem, conceito e finalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no direito constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de

318. "Art. 12. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: (...) 3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral."

319. "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IV - **aprovar** o estado de defesa e a **intervenção federal**, autorizar o estado de sítio, ou **suspender qualquer uma dessas medidas**;" Grifos nossos.

março de 1993, que deu nova redação à alínea “a” do inciso I do art. 102 e inseriu o § 2º ao art. 102 do texto constitucional³²⁰.

Na ocasião, ampla manifestação doutrinária se insurgiu contra a criação da ação declaratória, a ela atribuindo graves vícios de inconstitucionalidade³²¹, que foram afastados pelo Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves na ADC nº 01.

Sua razão de ser, e que lhe fornece a nota singular em face das demais ações diretas, consiste em solucionar, definitivamente, a dúvida ou incerteza existente a respeito da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, surgida em virtude de grave controvérsia judicial travada em sede de controle incidental, mas visando a confirmação da lei ou do ato questionado e a declaração de sua constitucionalidade. Daí a necessidade de prévia demonstração, como pressuposto de admissibilidade da própria ação, de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (Lei nº 9.868/99, art. 14, III)³²².

320. Com a EC nº 03/93, os aludidos dispositivos ficaram com as seguintes redações: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). “Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (Inserido pela EC nº 03/93 e com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Grifos nossos.

321. Por todos, conferir o excelente trabalho do Professor Edvaldo Brito, ‘Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal’. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.), *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, p. 39-50, 1995.

322. Vide ADC nº 8, Rel. Min. Celso de Mello: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO CONHECIDA. - O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa “in abstracto”, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, “em proporções relevantes”, de dissídio judicial, cuja existência - precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta - faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (...)”.

Cuida-se a ação declaratória de constitucionalidade, enfim, de uma nova ação objetiva de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, por meio da qual se pode provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vistas à declaração definitiva da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, questionado na instância ordinária, para o fim de pôr termo àquela dúvida ou incerteza gerada a partir de relevante controvérsia judicial acerca da aplicação da disposição que constitui o seu objeto. Pressupõe, portanto, a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, de sorte que, sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a própria ação.

Assim, diante dessas considerações, percebe-se que a ADC não se limita a uma mera declaração de constitucionalidade, até porque já vige entre nós o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Ela vai além, para resolver, por todas, as controvérsias judiciais em torno da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal questionado.

10.2. Legitimidade *ad causam*

A EC nº 03/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, acrescentou o § 4º ao art. 103, com o qual fixou o elenco dos legitimados ativos para propositura dessa ação. O mencionado parágrafo, ao estabelecer um rol limitado relativamente à ADIN, restringiu a legitimidade ativa para a promoção da ADC somente ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado Federal e ao Procurador Geral da República.

Todavia, a EC nº 45/2004 – conhecida como a emenda da reforma do Poder Judiciário – revogou o § 4º e deu nova redação ao *caput* do art. 103, para nele incluir a ação declaratória de constitucionalidade. Assim, com o advento daquela emenda constitucional, a legitimidade ativa para a propositura da ADC é idêntica e comum à legitimidade da ADIN³²³, aqui se aplicando tudo o que se disse acerca desse tema quando se tratou da ADIN.

Contudo, relativamente à legitimidade passiva, a ADC se distancia da ADIN. Isso porque, como já se afirmou, a legitimidade passiva na ADIN recai sobre

323. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” Grifos nossos.

os órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato impugnado. Tal situação inexistente na ADC, que é proposta com vistas à defesa e confirmação da constitucionalidade da lei ou do ato. Nesse caso, não há legitimado passivo. Nem o Advogado-Geral da União é citado/notificado para fazer a defesa da lei ou do ato, tendo em vista que na ação declaratória não se impugna absolutamente nada.

10.3. Competência

A ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de controle concentrado e, por essa razão, é de competência reservada a um só órgão do Poder Judiciário.

Conforme estabelece o art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*". (grifos nossos).

Questão interessante é saber se as Constituições Estaduais podem prever a ação declaratória de constitucionalidade. A despeito da ausência de autorização constitucional – cumpre esclarecer que a Constituição Federal autorizou os Estados a instituírem a *representação de inconstitucionalidade* (CF/88, art. 125, § 2º) – a doutrina majoritária defende a possibilidade da criação, por emenda à Constituição do Estado, da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual, de competência dos Tribunais de Justiça e tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal questionado em face da Carta Estadual.

10.4. Parâmetro e objeto

A ação declaratória de constitucionalidade tem por parâmetro todas as normas constitucionais e por objeto as leis ou os atos normativos federais.

Percebe-se, daí, que apesar de possuírem o mesmo parâmetro de controle (todas as normas da Constituição), o objeto da ação declaratória de constitucionalidade é mais limitado do que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque, enquanto na ADIN o objeto é abrangente da lei ou ato normativo *federal* ou *estadual*, na ADC o objeto se circunscreve

somente à lei ou ato normativo *federal*, não alcançando a lei ou ato normativo estadual.

No entanto, cumpre ressaltar que a ação declaratória de constitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça pode ter por objeto a lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado.

De mais a mais, tudo o que se falou quando se cuidou da ADIN, sobre a natureza da lei ou do ato normativo, aplica-se aqui. Assim, todas as leis ou atos dotados de *normatividade* (generalidade, abstração e obrigatoriedade), desde que *federais* e questionados em face diretamente da Constituição Federal, podem servir de objeto da ação declaratória.

10.5. Procedimento. A Lei nº 9.868/99

A Lei nº 9.868/99 estabelece que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade indicará – para além do dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, dos fundamentos jurídicos do pedido e do próprio pedido, com suas especificações (requisitos exigidos também para a ação direta de inconstitucionalidade) – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação.

Em conformidade com o art. 15, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo dessa decisão.

Proposta a ação, o relator abrirá vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias. De observar-se que, nessa ação, o Advogado-Geral da União não se manifesta, uma vez que ela já objetiva a defesa do ato e, conseqüentemente, a declaração da sua constitucionalidade. Logo, nada há para o AGU defender. Demais disso, não há pedido de informações.

Cumpre esclarecer que, uma vez proposta a ação declaratória, tendo em vista a sua natureza marcadamente objetiva, não se admitirá desistência, nem intervenção de terceiros. Todavia, entendemos que é possível a intervenção do terceiro especial na condição de *amicus curiae*. Isso porque, conforme escrevemos noutro lugar:

"[...] apesar do veto ao § 2º do art. 18 da Lei 9.868/99, que previa a intervenção do 'amicus curiae' na ADC, não temos dúvida da possibilidade de intervenção de terceiro objetivamente interessado, na condição de amigo da corte, no processo da ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, o próprio veto chega a se coadunar com esse raciocínio, quando elucida que 'Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação

declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º³²⁴.

Havendo pedido de medida cautelar, dispõe o art. 21 da Lei 9.868/99, que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir o pedido, que consistirá na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Entretanto, estabelece o parágrafo único que, concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Após a audiência do Procurador-Geral da República, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Todavia, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, também poderá o relator instruir a ação, para tanto requisitando informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. Essas informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (art. 20, §§ 1º, 2º e 3º).

10.6. Decisão e efeitos

A ação declaratória de constitucionalidade será julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão com a presença de pelo menos oito Ministros.

Todavia, para proclamação do resultado, quer para declarar a constitucionalidade, quer para pronunciar a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deve se manifestar pelo *quórum* da *maioria absoluta* de seus membros, ou seja, de seis Ministros. Conforme o parágrafo único do art. 23,

324. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular; do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF, In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 149-167.

se não for alcançada essa maioria, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Julgada procedente a ação declaratória, será declarada a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal; julgada improcedente, será declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal. Tal circunstância se verifica em razão da *natureza dúplice* das ações diretas. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade é *irre-corrível*, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Essa decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Esclareça-se que a decisão que acolhe a ação declaratória e reconhece a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal produz eficácia *ex tunc* ou retroativa, tendo em vista que se limita a confirmar um estado de constitucionalidade pré-existente. No entanto, quando o Supremo Tribunal Federal desacolhe a ação, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, ele pode, desde que por maioria de dois terços de seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tudo isso em conformidade com o art. 27, modulando a eficácia temporal do referido *decisum*.

11. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

11.1. Origem, delineamento constitucional e generalidades do instituto

A argüição de descumprimento de preceito fundamental³²⁵ é instituto novo no direito brasileiro, sem precedente na história constitucional local,

325. Sobre o tema, conferir o nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, op. cit.; A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a nova jurisdição constitucional brasileira, In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.), *Estudos de Direito Constitucional*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 43-92, 2003 e 'Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental', In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 429-500, 2006. Conferir também: CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

nele introduzido pela Constituição Federal de 1988. Originariamente, essa ação constitucional tinha previsão no parágrafo único do art. 102 da Constituição. Contudo, em face da Emenda Constitucional nº 03/93, que eliminou tal parágrafo único, dividindo-o em dois parágrafos, a arguição passou a ter previsão no parágrafo 1º, que dela dispôs da seguinte forma:

"A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Em razão de o dispositivo constitucional submeter a apreciação da arguição *na forma da lei*, o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no sentido de que essa norma instituidora da arguição era de eficácia limitada, carente de regulação legal³²⁶.

Após passados longos anos, e por razões mais que conhecidas³²⁷, o então Ministro da Justiça Iris Rezende, editou a Portaria nº 572, de 07 de julho de 1997, constituindo uma Comissão Especial para o fim específico de apresentar sugestões ao Poder Executivo, objetivando a regulamentação do disposto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

326. AgRegAI 145.860, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.02.93: "A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a arguição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência do extraordinário"; AgRegAI 144.834-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.03.93: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (...) ainda depende de lei regulamentadora"; AgRegPet 1.140-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 31.05.96, p. 18.803: "(...) enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la". No mesmo sentido: Petição n. 1.369-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 08.10.97, p. 50.468. Embora a questão esteja superada, em face do advento da Lei nº 9.882/99, cumpre registrar a nossa posição no sentido da possibilidade de aplicação imediata do instituto, independentemente de qualquer lei. Ora, à semelhança do que ocorreu com a Adin e a Adecon, o Supremo poderia ter aplicado o seu Regimento Interno à ADPF e consolidar uma jurisprudência a respeito. Basta mencionar o fato de que a Lei nº 9.868/99, que regulou a Adin e a Adecon, acolheu significativamente a jurisprudência do STF construída em derredor destas duas ações diretas. E importa lembrar que a Lei da ADPF é muito semelhante à Lei da ADIN e ADC.

327. A idéia da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi originada a partir do intento de evitar as concessões de liminares que impedião as pretensões do Executivo, muitas das quais inconstitucionais. Tal é revelado por Gilmar Ferreira Mendes, 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: www.planalto.gov.br): "Em maio de 1997 discuti com o Professor Celso Ribeiro Bastos a possibilidade de introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de um instrumento adequado a combater chamada 'guerra de liminares'. Chegamos à conclusão de que a própria Constituição oferecia um instrumento adequado - pelo menos no que diz respeito às matérias afetas ao Supremo Tribunal Federal - ao prever, no art. 102, § 1º, a chamada "arguição de descumprimento de preceito fundamental". Na oportunidade, lembramos que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderia contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade".

Essa Comissão foi composta pelos professores Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, sob a presidência do primeiro. Seus trabalhos foram encerrados em novembro de 1997, com a elaboração de proposta de um anteprojeto para regulamentação da matéria. Apresentada ao Congresso Nacional, tal proposta sofreu algumas modificações, embora, ao final, tenha prevalecido a orientação geral da Comissão³²⁸. Ela restou aprovada com 14 artigos, 18 parágrafos e 09 incisos.

Submetida à sanção presidencial, a proposta teve alguns de seus dispositivos vetados. Assim, foram vetados: (1) o inciso II, parágrafo único, do art. 1º; (2) o inciso II, do art. 2º; (3) o § 2º, do art. 2º; (4) o § 4º, do art. 5º; (5) os §§ 1º e 2º, do art. 8º e (6) o art. 9º.

Sancionada a proposta, com os vetos acima apontados, foi promulgada e publicada a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, cuja ementa destaca claramente seu objetivo, conferindo-lhe a natureza de *Lei de Ritos*, uma vez que a mesma:

"Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Apesar de algumas deficiências, notadamente em razão dos vetos que lhe foram apostos, a Lei reguladora do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe, como se verá ao diante, significativos avanços em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive para *corrigir* certos equívocos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal formada em derredor da ação direta de inconstitucionalidade. Não há negar, portanto, que o novo instituto, ainda que deficientemente regulado, introduziu significativas e requintadas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Cumpre, por ora,

328. Impende ressaltar, todavia, que desde março de 1997 tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 2.872, de autoria da Deputada Sandra Starling, já objetivando disciplinar o instituto, sob o *nomen juris* de "reclamação". A denominada "reclamação", tal como proposta, restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Essa reclamação haveria de ser formulada junto ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos Deputados ou dos Senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Esse projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu, em 04 de maio de 1998, parecer favorável do relator, o Deputado baiano Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de Substitutivo de sua autoria. Contudo, o "Substitutivo Prisco Viana" acolheu a orientação geral contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos. Conferir, a propósito, MENDES, Gilmar Ferreira, 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: www.planalto.gov.br).

apenas registrar que a lei de processo e julgamento da arguição possibilitou um controle *concentrado-incidental* junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo somente após longos anos.

A lei também permitiu o controle *abstrato* de atos infralegais e concretos, de quaisquer das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e especialmente sobre a legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição que, até o momento, em razão de uma equivocada jurisprudência do STF, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma criação brasileira, sem paralelo no direito comparado. Não obstante, é possível encontrar-se na legislação alienígena alguns institutos que podem ter servido de inspiração para o legislador constituinte e, notadamente, para o legislador ordinário que regulou o rito da arguição brasileira. Impende, em breve análise, fazer referência a esses institutos, cujos sentidos e experiências nos países que os adotam podem auxiliar sobremaneira na compreensão do instituto pátrio em causa.

Entre tais institutos, identifica-se o *writ of certiorari* do direito norte-americano, que consiste num pedido formulado à *Supreme Court* por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão (*certiorari before judgement*), quando existam importantes e especiais razões para isso – circunstância que revela o considerável grau de discricionariedade do Tribunal em admitir ou não o pedido. Há, ademais, a *Popularklage* do direito bávaro, que corresponde a uma ação popular que se destina à impugnação de leis ou regulamentos lesivos aos direitos fundamentais (Constituição da Bavária, art. 98, nº 4º). Também existe o *Beschwerde* do direito austríaco, instituído como um recurso constitucional, por meio do qual o particular pode impugnar diretamente junto ao Tribunal Constitucional uma lei violadora de direito fundamental, desde que esgota da previamente a via administrativa.

Ainda há o recurso de amparo do direito espanhol, por meio do qual qualquer cidadão pode defender um direito fundamental seu junto ao Tribunal Constitucional, em face de violação originada de qualquer ato do poder público, desde que esaurida a via judicial. Com efeito, segundo o art. 53, nº 2, da Constituição espanhola, qualquer cidadão poderá pedir a tutela dos direitos fundamentais através do recurso de amparo perante o Tribunal

Constitucional. E o art. 161, nº 1, alínea *b*, da mesma Constituição, prevê a competência do Tribunal Constitucional para julgar o recurso de amparo impetrado em face de violação dos direitos e liberdades referidos no nº 2 do art. 53 da Carta Política espanhola. No mesmo passo, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, no art. 41, nº 2, admite a impetração do amparo “em face das violações dos direitos e liberdades (...), originadas de disposições, atos jurídicos ou simples via de fato dos poderes públicos do Estado”.

Contudo, entre tais institutos do direito estrangeiro destaca-se, com especial proximidade da nossa arguição de descumprimento³²⁹, o *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, previsto no art. 93, 1, nº 4-A, da Lei Fundamental, segundo a qual compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre os recursos constitucionais interpostos por qualquer cidadão na defesa de seus direitos fundamentais lesados por ato do poder público. Percebe-se, daí, que o recurso constitucional alemão cuida-se de uma ação de garantia concreta dos direitos fundamentais, que pode ser diretamente ajuizada no Tribunal Constitucional, para atacar qualquer ato do poder público, até mesmo a lei, desempenhando uma dupla função: uma função subjetiva de defesa de direitos subjetivos e uma função objetiva de tutela da supremacia da Constituição. Esse recurso constitucional alemão sujeita-se, também, ao prévio esgotamento das instâncias judiciais ordinárias, salvo na hipótese de haver interesse geral na solução do recurso ou possibilidade de grave e inevitável prejuízo para o seu autor, caso tenha primeiro de percorrer as vias judiciais comuns, situação em que o recurso pode ser interposto imediatamente, sem a necessidade do prévio exaurimento da via judicial³³⁰.

329. Tanto que, José Afonso da Silva, *Curso...*, op. cit., p. 559-560, após enaltecer a arguição como provável fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, aduz, referentemente ao § 1º do art. 102, da Constituição Federal, que: “A lei prevista bem poderia vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federal da Alemanha, que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*, que se tem traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso (...). Em alguns casos ele serve para impugnar, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são cobertos pelo nosso mandado de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este, e não está delimitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal. O *Verfassungsbeschwerde* é originário da Baviera, cuja regulamentação legal prevê o cabimento de *Popularklage*, isto é, a atribuição do direito de ação a *quaisquis de populo* (ação popular), declarando que a inconstitucionalidade por ilegítima restrição de um direito fundamental pode ser feita valer por qualquer pessoa, mediante ‘recurso’ junto da Corte Constitucional. O texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”.

330. Segundo dispõe § 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão: “(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns de seus direitos fundamentais (...); (2) Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode

Percebe-se, desta sumária análise comparada, que a maioria desses institutos foram concebidos para a proteção especial dos direitos fundamentais, de tal modo que estão limitados à proteção das normas constitucionais definidoras destes direitos. A idéia de se fixar um *parâmetro restrito* de controle de constitucionalidade, que imperou no âmbito de tais institutos do direito comparado, influenciou decisivamente o constituinte brasileiro, na criação de uma ação especial para a proteção somente dos chamados *preceitos fundamentais*, que demandavam um mecanismo próprio de tutela, dada a relevância fundamental destes preceitos para o equilíbrio e a própria subsistência do Estado e da Sociedade.

No contexto, e por ora, pode-se assegurar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público. A partir de sua introdução no direito brasileiro, a jurisdição constitucional brasileira, tal como vinha sendo formatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sofreu profundas alterações, que serão examinadas neste trabalho, para admitir, repise-se, o controle *abstrato* de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado diretamente em face da Constituição Federal e dos atos normativos secundários (infralegais) e até dos atos administrativos, materiais e concretos do poder público, além de ter possibilitado um controle *concentrado-incidental* de constitucionalidade, em moldes semelhantes do que já vinha ocorrendo na Áustria, na Itália, na Alemanha e na Espanha.

Ademais disso, com a argüição de descumprimento, as outras ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade devem ser, segundo pensamos, redirecionadas para a tutela exclusiva das outras normas constitucionais que não se encontrem inseridas no raio de proteção especial da argüição, ou seja, que não se qualifiquem como preceitos constitucionais fundamentais. A propósito disto, tentaremos desconsiderar, por flagrante inconstitucionalidade, o caráter de subsidiariedade que surpreendentemente lhe emprestou o legislador ordinário.

ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial".

Advirta-se, entretanto, que a jurisprudência do STF já formada em torno da ADPF vem aceitando a subsidiariedade desta ação constitucional, de tal modo que ela só será admitida se não existir no sistema jurídico pátrio outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental. Isso significa que, apesar da criação da ADPF, as outras ações diretas do controle concentrado de constitucionalidade podem ser manejadas para a defesa dos preceitos fundamentais, ficando a ADPF relegada a segundo plano, só se aceitando quando não admitida nenhuma daquelas ações.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, em razão de sua recente prática no direito constitucional brasileiro, tem suscitado algumas dúvidas e gerado controvérsia na doutrina e no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. Questões relacionadas à admissibilidade, envolvendo fundamentalmente a legitimidade ativa e o caráter subsidiário desta ação, têm causado intenso debate entre os Ministros da Suprema Corte.

A Lei nº 9.882/99, como se noticiou acima, foi impugnada em bloco através da ADIN nº 2.231-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Seu relator, o Min. Néri da Silveira, em julgamento de 05.12.2001, votou pelo deferimento parcial da medida liminar, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como pelo deferimento, na totalidade, da liminar, para suspender o § 3º do artigo 5º da mesma lei, sendo em ambos os casos o deferimento com eficácia *ex nunc* e até final julgamento da ação direta. Logo após, o julgamento da medida liminar foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence³³¹.

331. Informativo STF nº 253, de 3 a 7 de dezembro de 2001: "Iniciado o julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a íntegra da Lei 9.882/99 - que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental -, e em especial, contra o parágrafo único, inciso I, do art. 1º, o § 3º do art. 5º, o art. 10, caput e § 3º e o art. 11, todos da mesma Lei. O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (...). Consequentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto (A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.). No tocante ao art. 11 (Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria

Importa ressaltar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para além de proteger a supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais em face da postura ativa lesiva do Estado, pode se tornar um potencial instrumento de controle das omissões do poder público, quando a inércia dos órgãos políticos e administrativos do Estado infringirem algum preceito fundamental da Constituição. Tal constatação torna-se ainda mais factível em razão do recente julgamento da ADPF nº 04, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a arguição de descumprimento como instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão³³².

11.2. A parametricidade da arguição de descumprimento: os Preceitos Constitucionais Fundamentais

A arguição de descumprimento, segundo sua configuração jurídico-constitucional, destina-se a proteger os *preceitos fundamentais decorrentes da Constituição*. Cumpre, destarte, empreender certa investigação, ainda que breve, a respeito do que seja preceito fundamental decorrente da Constituição, já que constitui o *parâmetro singular e restrito* para o controle de constitucionalidade por meio desta incipiente ação judicial.

de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.'). o Min. Néri da Silveira votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões. Quanto ao art. 10, caput, e § 3º – 'julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental' (caput), decisão essa que terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º) –, o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º). Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a presente ação, pediu vista dos autos".

332. Informativo STF nº 264: Concluído o julgamento de preliminar sobre a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo, o STF, colhido o voto de desempate do Min. Néri da Silveira, *conheceu da arguição* por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando à espécie o § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99 ("Não se admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade"). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves, que não conheciam da ação. Em seguida, suspendeu-se a conclusão do julgamento para que os autos sejam encaminhados, por sucessão, à Ministra Ellen Gracie (ADPF 4-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 17.4.2002).

Antes, porém, impende esclarecer que não é novidade no direito constitucional brasileiro a criação de uma ação especial para a proteção, não de todas as normas constitucionais, mas tão-somente de certas e determinadas normas da Constituição. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade já conhecia, desde a Carta de 1934, uma ação constitucional especificamente direcionada à proteção de determinadas normas da Constituição. Cuidava-se da representação para fins de intervenção, conhecida por ação direta de inconstitucionalidade interventiva, hoje prevista no art. 36, III, da Constituição Federal, instituída para a proteção apenas de certas normas definidoras dos chamados princípios constitucionais sensíveis (arrolados, na Constituição atual, no inciso VII, do art. 34).

A Constituição atual, trilhando o mesmo caminho, consagrou a arguição de descumprimento como uma ação constitucional especialmente vocacionada à defesa exclusiva de determinadas normas constitucionais compreendidas entre os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição. A princípio, tal desígnio pode causar estranheza, haja vista que, por ser a Constituição uma Lei Fundamental, ela é composta, inquestionavelmente, por normas fundamentais, devendo todas as suas normas, em consequência, ser consideradas preceitos fundamentais. A isso se acrescenta a idéia de que o sistema jurídico-constitucional se assenta sobre o princípio da unidade da Constituição, não sendo cogitável uma espécie de hierarquia entre os preceitos constitucionais a ponto de considerar uns como fundamentais e outros como não fundamentais. A controvérsia pode girar em torno da seguinte indagação: há preceito previsto na Constituição que não seja fundamental?

A questão deve ser solucionada a partir da compreensão da Constituição como uma *ordem de valores*: é por meio da noção de valores que se pode identificar os preceitos fundamentais³³³, que estão diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade.

Vale dizer, sem embargo da irrepreensível constatação dogmática de que todas as normas de uma Constituição encerram um mesmo imperativo e, em consequência disto, situam-se num mesmo plano hierárquico-normativo, as normas constitucionais distinguem-se quanto aos valores que carregam, sendo admissível falar, na hipótese, em *hierarquia axiológica* entre as normas de uma mesma Constituição. Assim, impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores

333. André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*, p. 103.

superiores que consagram, são mais fundamentais que outros³³⁴. Por conseguinte, dada a fundamentalidade destes preceitos, o constituinte optou por lhes conferir proteção especial com a criação de um mecanismo próprio.

Tollitur quaestio, cumpre agora verificar o que se entende por preceito jurídico. Sem pretender enveredar para um aprofundamento teórico a respeito do tema, compartilha-se neste trabalho do entendimento de que preceito é toda norma constitucional abrangente de princípios e regras³³⁵. Ora, se juridicamente a noção de preceito está relacionada à idéia de “comando”, de “mandamento”, de “ordem”; e se inexistente, no plano científico, a modalidade autônoma *preceito*, ao lado da modalidade *norma*, a conclusão a que se chega é a de que *preceito* e *norma* são categorias sinônimas. Desse modo, partindo da premissa de que norma jurídica é uma categoria genérica, que compreende os princípios (norma-princípio) e as regras (norma-regra)³³⁶, pode-se sustentar que o preceito jurídico colhe, *ad instar*, os princípios e as regras.

Mas insista-se que, consoante a previsão constitucional, somente os preceitos reputados fundamentais são destinatários da especial proteção pela via da arguição de descumprimento. E como os preceitos são categorias normativas envoltivas de princípios e regras, não só os princípios fundamentais podem ser concebidos como preceitos fundamentais, como também assim o podem as regras constitucionais entendidas como fundamentais para a concepção de Estado e de Sociedade. Nesse sentido, colhe-se o escólio de

José Afonso da Silva, para quem preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais,

“É mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II)”³³⁷.

Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial³³⁸.

É relevante, porém, ressaltar que a proteção pela via da arguição de descumprimento só alcança os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, de modo que estão afastados da parametricidade do controle de constitucionalidade por meio desta ação constitucional os preceitos suprapositivos e os previstos no âmbito infraconstitucional. Todavia, os preceitos constitucionais fundamentais podem decorrer *direta* ou *indiretamente* da Constituição. Ou seja, podem ser preceitos explícitos ou implicitamente previstos na Carta Magna³³⁹.

337. Op. cit., p. 559.

338. Muito apropriadas são as colocações que fazem Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas a propósito do tema, ‘A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatária’. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 08, op. cit.: “Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito *fundamental*. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”.

339. Nesse sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 570 e André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, op. cit., p. 158-159.

334. Como por exemplo, ninguém duvida que o preceito contido no art. 1º da Constituição Federal, que consagra, como regime político da República Federativa do Brasil, o Estado Democrático de Direito, é inegavelmente mais importante e fundamental que o preceito que se extrai do § 2º do art. 242 da Carta Magna, segundo o qual o “colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

335. Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, op. cit., p. 117; MENDES, Gilmar Ferreira, ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 131-132; ROTHENBURG, Walter Claudius. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 213; BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. ‘A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatária’. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 08, jan., 2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).

336. A compreensão dos princípios como espécie de normas, que apenas se distinguem das regras, outra espécie normativa, vem sendo adotada em quase todo o mundo por constitucionalistas da importância de Jean Boulanger, Joseph Esser, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Vezio Crisafulli, Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, só para citar alguns. Ver, a propósito do tema, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. ‘O Princípio da Segurança Jurídica e a Anterioridade Especial como Condição Mínima para o Cumprimento da Anterioridade Tributária’. In: *Direito Federal*, Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, Ano 21, nº 70, abril a junho de 2002, p. 91-126; Ruy Samuel Espindola, *Conceito de princípios constitucionais*, RT, 1999 e Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2003.

Questão interessante é saber se os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição anterior e aqueles decorrentes de normas da Constituição vigente, porém reformadas, podem servir de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade dos atos do poder público com eles incompatíveis, pela via da arguição de descumprimento. No tocante a essa situação, cumpre esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admitia, para essas hipóteses, o controle abstrato por meio da ação direta de inconstitucionalidade³⁴⁰, aceitando apenas o controle incidental ou concreto³⁴¹.

Considerando que a Lei nº 9.882/99, que regulou o processo e julgamento da arguição de descumprimento, dispôs-se claramente a enfrentar as situações não acobertadas pelas ações diretas já existentes, cremos ser possível a arguição nas hipóteses acima suscitadas, a despeito da redação literal do § 1º do art. 102, da Constituição Federal, que se refere à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente *desta* Constituição. Entendemos que essa redação não se afigura como um óbice àquele reconhecimento, devendo a mesma ser interpretada extensivamente, para abranger os preceitos consagrados em Constituições anteriores ou em normas reformadas da Constituição atual. E tanto não se apresenta como obstáculo que, em redação semelhante, o art. 103, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição, refere-se explicitamente à violação *desta* Constituição para fins de cabimento de recurso extraordinário, e nem por isso a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal recusaram-se a aceitar tal apelo extremo nas hipóteses de inconstitucionalidade de lei em face de Constituição anterior.

Mas nem a Constituição nem a Lei nº 9.882/99 indicam quais são esses preceitos fundamentais. A nosso ver, agiram com acerto os legisladores constituinte e ordinário, pois não teria sentido proceder a um engessamento, em rol taxativo, de normas máximas da ordenação constitucional sujeitas à proteção pela via da arguição. Isso porque, como essas normas também veiculam os valores mais importantes de uma Sociedade e como os fatos da vida social são dinâmicos e cambiantes, é possível que um preceito, hoje considerado fundamental, amanhã já não o seja, e vice-versa.

Cabirão, decerto, à doutrina e ao próprio Supremo Tribunal Federal, foros adequados para o debate dos temas constitucionais, a indicação, em cada caso, dos preceitos fundamentais merecedores da tutela pela via da arguição.

340. RTJ 95:995, 127:776, 128:515 e Rp 1.642, DJU de 27.10.88.

341. RTJ 128:1063, 129:61 e Rp 1.556.

Há, contudo, um certo consenso em identificar como preceitos fundamentais:

- a) os princípios fundamentais do título I da Constituição Federal, que fixam as estruturas básicas de configuração política do Estado (arts. 1º ao 4º);
- b) os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (sejam os declarados no catálogo expressado no título II ou não, ante a abertura material proporcionada pelo § 2º do art. 5º e, agora, pelo § 3º do mesmo artigo);
- c) os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autoriza até a intervenção federal (art. 34, VII) e
- d) as cláusulas pétreas, que funcionam como limitações materiais ou substanciais ao poder de reforma constitucional, compreendendo as *explícitas* (art. 60, § 4º, incisos I a IV) e as *implícitas* (ou inerentes, que são aquelas limitações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que, sem embargo, são *inerentes* ao sistema consagrado na Constituição, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador, bem assim a impossibilidade de alterar o processo constitucional de emenda).

Acrescentaríamos, outrossim, as normas de organização política do Estado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto constituem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

11.3. Conceito de “descumprimento” na arguição

Consoante assentado em conhecida doutrina, o conceito de inconstitucionalidade expressa uma *relação de desconformidade* que se estabelece entre a *Constituição* e um determinado *comportamento estatal*. Nessa perspectiva, a inconstitucionalidade consiste na desconformidade dos atos ou omissões do poder público com a Constituição. Todavia, em face de pacífica jurisprudência do STF, para os fins do controle abstrato de constitucionalidade suscitado no âmbito da ADIN e da ADC, não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional, mas tão somente o descompasso *direto* e *imediato*, pois não há falar em “inconstitucionalidade indireta ou mediata”.

Pois bem. O conceito de “descumprimento” para efeito da ADPF é consideravelmente *mais amplo*, pois compreende também uma violação indireta

ao texto constitucional. Assim, enquanto a inconstitucionalidade, no controle concentrado provocado pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade, limita-se à lei e aos atos normativos diretamente lesivos à Constituição, o “descumprimento” da Constituição, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pode resultar tanto em razão da elaboração de uma lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como, *v. g.*, os regulamentos), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas.

Isso porque, relativamente à “inconstitucionalidade”, no controle realizado pela ADIN e ADC, a Constituição referiu-se expressamente à lei e aos atos normativos como únicos atos suscetíveis de nela incidir, o que não se verificou em relação ao “descumprimento”, posto que, quanto a este, a Constituição somente limitou o parâmetro de controle (que há de ser exclusivamente preceito fundamental dela decorrente), mas não o objeto do controle, circunstância que permite a interpretação acima, de modo a aceitar-se que o descumprimento se dê por lei, por ato normativo ou não normativo, sejam públicos ou privados³⁴².

A Lei nº 9.882/99, no entanto, reduziu o conceito de “descumprimento” tão-somente aos atos do poder público. Mas manteve a idéia originária de açambarcar todos os atos do poder público, sejam normativos ou não, compreendendo, inclusive, as suas omissões.

Mas é preciso não olvidar que o conceito de descumprimento está vinculado aos preceitos fundamentais. Vale dizer, só haverá descumprimento, para os fins da arguição em causa, se qualquer ato (ou omissão, lembre-se) do poder público desconsiderar, ou violar, um preceito constitucional fundamental, não se exigindo, para tanto, que a ofensa seja direta.

O tema será retomado quando for examinado o objeto da arguição, oportunidade em que serão investigados, com mais vagar, os atos do poder público que podem “descumprir” os preceitos fundamentais e que desafiam, em consequência, a arguição.

342. No mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, op. cit., p. 197.

11.4. Modalidades da arguição de descumprimento

A Lei nº 9.882/99, ao regular o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, fixou *dois ritos* distintos para a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Estabeleceu, assim, (a) um processo de natureza objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público e (b) um processo de natureza subjetivo-objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental.

Tal distinção meramente processual vem sendo considerada pela doutrina como modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas, respectivamente, no *caput* do art. 1º e no inciso I do parágrafo único do mesmo art. 1º, da referida Lei. A divulgação de tipologias de arguições não é apropriada, pois pode infundir uma falsa idéia de que a Lei instituiu mais uma modalidade de arguição, para além daquela constitucionalmente consagrada. Na verdade, a Lei não criou modalidade nova de arguição, nem poderia fazê-lo sob pena de incidir em manifesta inconstitucionalidade, mas tão-somente contemplou processamentos diversos à ação constitucional de arguição originada da Constituição.

É preciso, portanto, fixar a premissa de que somente em razão da distinção de ritos é que se pode falar em modalidades de arguição, para abranger a arguição *direta* ou *autônoma* e a arguição *incidental*, sujeitas a pressupostos processuais distintos, embora destinadas à defesa dos preceitos fundamentais. Assim, dispondo sobre a arguição direta ou autônoma, diz o art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99 que “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Já tratando da arguição incidental, prescreve o mesmo art. 1º, porém no parágrafo único, inciso I, que caberá *também* arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo do poder público³⁴³.

Distinguem-se fundamentalmente essas duas modalidades de arguição. A arguição autônoma é uma típica ação direta de controle *concentrado-principal* de constitucionalidade, proposta perante o Supremo Tribunal Federal

343. Nesse sentido decidiu o STF, na ADPF (QO) nº 3-CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.05.2000.

e destinada à defesa objetiva dos preceitos constitucionais fundamentais ameaçados ou lesados por ato do poder público. Já a arguição incidental é uma ação de controle *concentrado-incidental* suscitada perante o Supremo Tribunal Federal, em razão de um processo judicial em curso perante as instâncias ordinárias onde se controverte, com fundamentos relevantes, acerca da aplicação de ato do poder público questionado em face de algum preceito constitucional fundamental, tendo por finalidade predominante a defesa de um interesse ou direito subjetivo de uma das partes.

Desse modo, enquanto a arguição autônoma independe de qualquer controvérsia, a arguição incidental é dependente da existência de controvérsia relevante em curso perante qualquer juízo ou tribunal. Aquela é autônoma exatamente por não depender de qualquer controvérsia, aproximando-se, nesse particular, da ação direta de inconstitucionalidade; esta é incidental por surgir em razão mesma de uma controvérsia, isto é, por nascer como um incidente no seio de um processo judicial concreto, em face de uma controvérsia constitucional relevante.

A arguição incidental se aproxima muito do *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão e do recurso de amparo do direito espanhol, dos quais já se falou, embora tenha uma destinação mais ampla, pois visa à defesa de qualquer preceito fundamental, contemple ele um direito fundamental ou não. Seu principal objetivo é possibilitar uma decisão antecipada do Supremo Tribunal Federal sobre as questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam a seu conhecimento, muito tempo depois, através do recurso extraordinário. Nesse sentido, interessa observar as ponderações de um dos idealizadores da Lei que fixou o processo da arguição:

“Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a *via crucis* do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então, após decisão definitiva, ser comunicado o Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, podendo sanar definitivamente a inconstitucionalidade. Porém, a novel ação serve somente aos preceitos fundamentais, e nesse caso não se admite controvérsia ou demora. Há que se decidir univocamente sobre o tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior”³⁴⁴ (*grifado no original*).

344. BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. ‘A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Avocatória’. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 08, jan., 2000, op. cit.. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental’. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, op. cit: “O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um

Tratemos, agora, dessas duas modalidades de arguição, individualmente consideradas em tópicos distintos e sequenciais.

11.5. Arguição direta ou autônoma

Como já se sublinhou, a arguição direta ou autônoma é uma típica ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade, por meio da qual se ativa a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vistas à defesa objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público. É, por conseguinte, uma ação de controle abstrato que faz instaurar um *processo objetivo*, no qual inexistem partes e litígio referente a situações concretas, cujo intento é unicamente a tutela dos preceitos fundamentais consagrados explícita ou implicitamente na Carta Magna. Por meio dela não se busca, pelo menos imediatamente, a proteção de situações individuais ou subjetivas, mas sim a guarda da supremacia dos preceitos fundamentais.

11.5.1. Legitimidade *ad causam*

A Constituição não previu a legitimidade para a propositura da arguição autônoma. Deixou ao legislador tal incumbência, que restou, ao final, desempenhada pela previsão constante no art. 2º da Lei 9.882/99, segundo o qual os legitimados para o ajuizamento da ação direta de arguição de descumprimento são os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Vale dizer, a legitimidade ativa para a arguição autônoma foi reservada ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical e à entidade de classe de âmbito nacional.

O Procurador-Geral da República, para além de figurar como legitimado ativo na arguição de descumprimento de preceito fundamental, também ostenta a condição de *custos constitutionis*, porquanto deve manifestar-se nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que seja seu proponente, *ex vi* do § 1º do art. 103

desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal”.

da Constituição Federal, pois são inconfundíveis as posições de autor e de fiscal da ordem jurídica. Em razão disso, o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.882/99 – segundo o qual o Procurador-Geral da República, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo – deve ser interpretado conforme a Constituição, para admitir-se o seu pronunciamento, mesmo nas arguições em que houver formulado, sob pena de visceral inconstitucionalidade.

Impõe-se recordar que tais legitimados ativos não são partes materiais na ação, pois não têm nenhuma disponibilidade sobre a mesma, haja vista que, em processos de natureza objetiva, não existem partes litigantes. Por isso mesmo, uma vez proposta a arguição, não se admitirá desistência. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros. E, finalmente, não comporta ação rescisória³⁴⁵. Pode-se, tão-somente, identificar esses legitimados ativos como partes em sentido formal, vale dizer, como pessoas, órgãos ou entidades responsáveis formalmente pela ordem jurídica para ativar a jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional na defesa da supremacia absoluta da Constituição, *in casu*, dos preceitos constitucionais fundamentais.

Quanto à exigência do requisito da pertinência temática, é muito provável que o Supremo Tribunal Federal estenda à arguição de descumprimento o seu entendimento firmado a propósito da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, a ser mantida essa orientação da Suprema Corte, o que se acredita, haverá dois tipos de legitimados para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) os *legitimados universais*, que não precisam satisfazer o requisito da pertinência temática, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional, e b) os *legitimados especiais*, que necessitam demonstrar o interesse de agir, isto é, a adequação temática, quais sejam: o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional.

Ademais, crê-se também na extensão à arguição de descumprimento de preceito fundamental do entendimento do Supremo Tribunal Federal que restringe ainda mais a legitimidade de alguns destes entes. Isso ocorrerá,

assim, em relação às confederações sindicais (que devem estar constituídas na forma do art. 535 da CLT), aos partidos políticos, limitando a legitimidade somente aos Diretórios Nacionais e, finalmente, de referência às entidades de classe de âmbito nacional, para só reconhecer aquelas entidades que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação e que estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional³⁴⁶.

346. Na ADPF nº 34/DF, Min. Rel. Celso de Mello, DJU de 28.11.2002, p. 15, proposta pela Associação Brasileira dos Fabricantes de Artigos de Puericultura - ABRAPUR, na condição de entidade de classe de âmbito nacional, constituída há mais de um ano, foi decidido, em suma, o seguinte: "Impõe-se examinar, no presente caso, questão preliminar pertinente à legitimidade ativa *ad causam* da autora, em face do que se contém no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99 (...). Vê-se, pois, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada por quem detenha legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103). É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o que prescreve o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, não tem conhecido de arguições de descumprimento de preceito fundamental, quando ajuizadas por quem não tem legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (...). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar a questão pertinente à titularidade do poder de agir, em sede de fiscalização normativa abstrata, tem advertido - tratando-se de entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX) - que estas não disporão de legitimidade ativa *ad causam*, para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, se se qualificarem como associação de associações ou, então, se possuírem composição híbrida. Isso significa, portanto, que o conceito jurisprudencial de entidade de classe de âmbito nacional, tal como formulado por esta Suprema Corte, estende-se, em decorrência da própria norma inscrita no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, e para efeito de instauração do respectivo processo, à arguição de descumprimento de preceito fundamental. Como assinalado, não possuem qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, as entidades de classe de âmbito nacional que constituam associação de associações e/ou que possuam composição heterogênea, reunindo, em seu quadro social, pessoas físicas e pessoas jurídicas. Considerada tal perspectiva, entendendo falecer legitimidade ativa *ad causam*, à ora argüente, para propor a presente medida de direito processual constitucional, eis que a entidade de classe em questão incide em ambas as restrições firmadas pela jurisprudência desta Suprema Corte, pois, além de se qualificar como associação de associações, também possui composição heterogênea". Contudo, o STF, na Adin-Agr 3153, Rel. p/ acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.08.2004, modificou completamente o seu entendimento, para reconhecer legitimidade ativa para propositura da ADI e, em consequência, da ADPF, às entidades associativas de segundo grau – mais conhecidas como associações de associações. Informativo STF nº 356: "O Tribunal concluiu julgamento de agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade no qual se discutia se entidades que congregam pessoas jurídicas consubstanciam entidades de classe de âmbito nacional, para os fins de legitimação para a propositura de ação direta. Tratava-se, na espécie, de agravo regimental interposto pela Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique - FENACA contra decisão do Min. Celso de Mello, relator, que, por ausência de legitimidade *ad causam* da autora, julgara extinto o processo e declarara o prejuízo da apreciação do pedido de medida cautelar - v. Informativo 346. Por maioria, deu-se provimento ao recurso, por se entender que a autora possui legitimidade *ad causam*, haja vista ser entidade de classe que atua na defesa da mesma categoria social, apesar de se reunir em associações correspondentes a cada Estado. Vencidos os Ministros Celso de Mello, relator, e Carlos Britto que mantinham a decisão agravada, salientando a orientação da Corte segundo a qual não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando exclusivamente pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações, nem tampouco as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas. (CF, art. 103: 'Podem propor a ação de inconstitucionalidade... IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.'). (ADI 3153 Agr/DF, rel. Min. Celso de Mello, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 12.8.2004.)"

345. Lei nº 9.882/99, art. 12: "A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória".

Ainda quanto à legitimidade ativa, cumpre sublinhar que o projeto do qual resultou a Lei 9.882/99 havia assegurado, no inciso II do art. 2º, a legitimidade para a propositura da arguição a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. Tal inciso, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, frustrando toda uma expectativa da comunidade jurídica em geral, sob o argumento de que a “admissão de um acesso individual e irrestrito” de ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal “é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais”, e que a “inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas”. Baseou-se o veto, ademais, na existência de um “amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal”, que “assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania”.³⁴⁷

O veto presidencial, porém, longe de justificar-se, infirma o postulado democrático de abertura do processo constitucional ao cidadão e do acesso à

347. Eis na íntegra as razões do veto presidencial: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento” (Mensagem nº 1.807, de 03 de dezembro de 1999).

justiça³⁴⁸ de todos aqueles que pretendam buscar uma prestação jurisdicional na defesa de seus interesses constitucionalmente protegidos. Ademais, tal veto não se afigura tecnicamente correto, haja vista que a legitimidade popular limitava-se, à luz de uma interpretação lógica, ao estreito âmbito da arguição incidental³⁴⁹, cujo ajuizamento depende necessariamente da existência de uma controvérsia constitucional relevante. Ora, é inegável que a idéia de se fixar uma modalidade de arguição suscitada como um incidente por ocasião de um processo concreto objetivava – na linha do *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão e do recurso de amparo do direito espanhol – propiciar ao cidadão a defesa de seus direitos fundamentais afetados por ato do poder público.

E o veto só veio malograr esse desígnio, ao barrar qualquer tentativa de o próprio cidadão lesado buscar, ele próprio, repita-se, o amparo judicial na Corte suprema, desfigurando a essência e razão de ser da arguição incidental³⁵⁰. E no direito brasileiro, ademais da limitação à defesa dos preceitos fundamentais (e não de toda a Constituição) e da subsidiariedade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º, como se verá adiante), essa possibilidade está limitada à prévia existência de uma controvérsia constitucional relevante sobre a aplicação de lei, ou ato do poder público, no âmbito de um processo em curso, o que significa dizer que, tanto o legislador constituinte como o legislador ordinário estabeleceram requisitos específicos de admissibilidade da ação incidental de arguição, circunstância que desmente as razões invocadas no veto.

O fato de remanescer ao cidadão a faculdade de poder representar ao Procurador-Geral da República – para solicitar a propositura da arguição, a teor do § 1º do art. 2º da Lei 9.882/99 e do próprio direito fundamental de petição (CF, art. 5º, XXXIV, *a*) – não soluciona o problema gerado pelo veto presidencial, uma vez que, caso o Procurador-Geral decida não promover a arguição, nada poderá fazer o cidadão, a não ser sofrer solitariamente o amargo desgosto de ver-se desassistido de qualquer medida para a proteção

348. Sobre o tema, ver CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

349. No mesmo sentido, André Ramos Tavares, op. cit., p. 321-322.

350. Nesse sentido, são absolutamente procedentes os comentários de Daniel Sarmento, ‘Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 106: “Na verdade, o referido veto mudou a essência da ADPF que, se podia antes dele ser concebida como um instrumento primariamente vocacionado à proteção dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, à semelhança do *Verfassungsbeschwerde* e do recurso de amparo, converteu-se num processo de caráter predominantemente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada por ato estatal comissivo ou omissivo”.

de seu direito consagrado num preceito fundamental da Constituição. Tal situação se agravou ainda mais em razão de outro veto presidencial apostado ao § 2º do art. 2º da citada lei, que previa, para o caso de o Procurador-Geral da República indeferir o pedido do interessado, caber representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias. Esse tema será retomado quando do exame da legitimidade na arguição incidental.

Já os legitimados passivos da arguição são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão censurada. Isso não significa, outrossim, que devam ser consideradas partes passivas, posto que a arguição de descumprimento não é proposta *contra* alguém ou determinado órgão ou entidade, mas sim *em face* de uma lei, ou ato, ou omissão do poder público supostamente violador de um preceito constitucional fundamental.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a despeito da omissão da Lei 9.882/99³⁵¹, o Advogado-Geral da União deve desempenhar a mesma função que exerce no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, a de *curador da presunção da constitucionalidade do ato do poder público questionado*, seja ele normativo ou não³⁵². A atuação do AGU, de curador especial do ato atacado, deve, outrossim, estender-se aos atos estaduais e municipais. Vale dizer, o AGU deve obrigatoriamente defender o ato impugnado, ainda que este seja estadual ou municipal, tendo em vista a possibilidade, doravante, de controle da legitimidade dos atos municipais em face da Constituição Federal pela via da arguição de descumprimento. Decerto que, se o ato questionado for uma omissão do poder público, não cabe, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qualquer participação do Advogado-Geral da União, salvo se se cuidar de omissão parcial, haja vista que, nessa hipótese, também há um ato do poder público.

Segundo entendemos, todos os legitimados ativos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sejam universais ou especiais, à

351. A Lei 9.882/99 não conferiu expressamente nenhuma função ao Advogado-Geral da União na ADPF, a não ser a possibilidade de ser ouvido previamente pelo relator da arguição quando este achar necessário para o exame do pedido de medida liminar.

352. Nesse particular, dissintimos de André Ramos Tavares, op. cit., p. 369-370. Para nós, não há sentido em distinguir os atos do poder público que merecem a defesa do AGU. Se se parte da premissa de que todo e qualquer ato do poder público, seja normativo ou não, pode "descumprir" um preceito fundamental e se se entende que milita em favor desse ato a presunção de sua constitucionalidade, soa mais coerente defender-se a intervenção do AGU, já que ele foi alçado a curador do princípio da presunção da constitucionalidade de todos os atos que têm capacidade de violar a Constituição, em todos os casos de impugnação.

exceção do Procurador-Geral da República (por motivos óbvios), devem se fazer representar por advogado, uma vez que somente detêm a legitimidade *ad causam*, não dispondo de capacidade postulatória. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, firmou uma orientação no sentido de que a capacidade postulatória é inerente à legitimidade conferida pelo art. 103, limitada, contudo, às hipóteses dos incisos I a VII³⁵³. Isso leva a crer que a Corte estenderá essa sua posição à arguição de descumprimento, sobretudo em razão da redação constante do parágrafo único do art. 3º da Lei 9.882/99, segundo a qual "a petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, *se for o caso*, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação" (grifos nossos). Assim, a manter-se a jurisprudência do STF, a exigência de instrumento de mandato e, em consequência, a representação por advogado, só se aplicará, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao partido político com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical e à entidade de classe de âmbito nacional.

11.5.2. Competência

Segundo a Carta Magna, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Tem-se, pois, como irrecusável a competência concentrada e exclusiva da Suprema Corte para processar e julgar a arguição, seja autônoma ou incidental, intentada em face de violação a preceito fundamental consagrado na Carta Federal.

Questiona-se, entretanto, a possibilidade de as Constituições estaduais preverem o instituto da arguição para a defesa de seus preceitos fundamentais. Somos integralmente concordes com essa possibilidade, com base no critério da simetria, de modo que as Cartas estaduais podem perfeitamente introduzir em seus sistemas de defesa da supremacia de suas normas, a arguição de descumprimento em tela, para a proteção específica dos preceitos fundamentais que consagra. Nesse caso, a competência para julgá-la certamente caberá, com exclusividade, aos Tribunais de Justiça.

Nota-se que algumas Constituições estaduais acolheram o instituto da arguição nos moldes acima mencionados. A Constituição do Estado de Alagoas dispôs sobre a arguição no art. 133, inciso IX, alínea *r*, segundo o qual

353. Vide a ADIN 127-Al (MC), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.11.89, DJU de 04.12.92, p. 23.057 e ADIN 120-Am (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves, j. em 20.03.96, DJU de 26.04.96.

competete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente “a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição”. Igualmente, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte prevê, no seu art. 71, inciso I, alínea *a*, a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente “a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, na forma da lei”.

11.5.3. Procedimento. A Lei 9.882/99

Proposta a argüição por qualquer de seus legitimados ativos, ela será distribuída a um relator, que poderá, à luz de um juízo prévio de admissibilidade, indeferir liminarmente a petição inicial quando não for o caso de argüição de descumprimento, faltar algum dos requisitos prescritos na Lei 9.882/99 ou for inepta, cabendo desta decisão o recurso de agravo para o plenário do Tribunal, que pode ser interposto no prazo de cinco dias.

Para ser admitida, a petição inicial deve conter necessariamente a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental e, obviamente, o pedido, com suas especificações. Cuidando-se, entretanto, de argüição incidental, para além destes requisitos, exige-se a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A petição inicial, para a hipótese de argüição de descumprimento proposta por partido político com representação no Congresso Nacional, por confederação sindical e por entidade de classe de âmbito nacional, deve vir acompanhada de instrumento de mandato. A inicial, ademais, deve ser apresentada em duas vias, juntando-se à mesma, necessariamente, as cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Cumprido ressaltar, entretanto, que embora deva o proponente da argüição indicar precisamente os fundamentos jurídicos da ação (isto é, apontar o preceito fundamental que considera violado), o Supremo Tribunal Federal não fica circunscrito a esses fundamentos, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade dos atos atacados em face de todos os preceitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. O pedido, todavia, delimita o objeto da ação, de tal modo que o Supremo Tribunal Federal só pode apreciar os atos questionados. Mas, por outro lado, insista-se, a Corte é livre para examinar os preceitos fundamentais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionada pelos fundamentos do pedido, arrolados pelo requerente.

Admitida a argüição, o Supremo Tribunal Federal passa a apreciar o pedido de medida liminar, caso formulado. Se estiverem presentes na sessão pelo menos 2/3 (dois terços) dos Ministros (ou seja, oito Ministros), o Supremo Tribunal Federal poderá, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir o pedido de medida liminar. Porém, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, a Lei 9.882/99 (art. 5º, § 1º), permite que o relator conceda a medida liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. O relator ainda poderá ouvir, antes de decidir sobre a medida liminar requestada, os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. Decorrido esse prazo, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União (para defender o ato impugnado, se for a hipótese) e o Procurador-Geral da República (como *custos constitutionis*), que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de cinco dias.

Inobstante a Lei 9.882/99 não dispor a respeito, tem-se que reconhecer, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída em derredor da ação direta de inconstitucionalidade³⁵⁴, que não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, em decorrência, decerto, da reconhecida natureza objetiva deste processo de controle abstrato de constitucionalidade³⁵⁵. A razão é muito simples: nestes processos não se discutem interesses subjetivos a ensejarem qualquer intervenção de terceiros interessados, inclusive a intervenção assistencial. No entanto, é admissível a assistência entre os próprios legitimados ativos. Todavia, sustentamos que esse entendimento não se justifica em sede de argüição incidental, posto que esta modalidade de argüição tem natureza predominantemente subjetiva, porquanto suscitada como um incidente no âmbito de um processo concreto. Por esse raciocínio, presente o interesse subjetivo na solução da controvérsia constitucional, é de se admitir a intervenção de terceiros, inclusive a intervenção assistencial.³⁵⁶

No entanto, poderá o relator, se entender necessário, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emitam

354. ADIN 1254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14.08.96, DJU de 19.09.97 e ADIN 1350, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.06.95).

355. Relativamente às ADIN e ADECON, a Lei 9.868/99 dispõe de regra clara a respeito (arts. 7º e 18, respectivamente), vedando a intervenção de terceiros.

356. Conforme escrevemos no nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, op. cit., p. 584.

parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Se a hipótese for de arguição incidental, o relator, também se julgar necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição.

Consideramos ainda ser cabível na arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que pese o silêncio do legislador (que não se apresenta como silêncio eloquente), a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), por aplicação analógica da regra insculpida no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, segunda a qual o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. E é bom que assim seja, pois a possibilidade de intervenção de outros órgãos e entidades representativas, que não os próprios legitimados ativos, no processo abstrato de arguição de descumprimento, confere uma coloração democrática a estes processos constitucionais, permitindo uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por HÄBERLE. Ter-se-á, aí, uma participação direta do cidadão na resolução dos principais problemas constitucionais.³⁵⁷

Tal raciocínio é corroborado pela norma insculpida no § 2º do art. 6º da Lei 9.882/99, que faculta ao relator autorizar sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. A expressão “interessados” deve ser interpretada para abranger todos aqueles órgãos e entidades de representatividade social e política dos quais fala o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, inclusive o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, e não somente os legitimados ativos da arguição.³⁵⁸

Enfim, decorrido o prazo das informações, e cumpridas as providências eventualmente determinadas (informações adicionais, parecer de perito ou comissão de peritos, declarações, manifestações, etc), o Ministro relator lançará o relatório, com cópia a todos os outros Ministros, e pedirá dia para julgamento.

357. Para uma análise mais aprofundada a respeito do tema, conferir CUNHA JÚNIOR, Dirley da. ‘A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF’. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, RT, 2004, p. 149-167.

358. Em sentido contrário, TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 364-365.

11.5.4. Medida liminar

Em regra, a competência para o exame do pedido de medida liminar é do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que só poderá concedê-la por voto da maioria absoluta de seus membros, ou seja, por voto de seis de seus Ministros.

Todavia, admite a Lei 9.882/99 (art. 5º, § 1º), excepcionalmente, que a medida liminar possa ser analisada e concedida pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário do Tribunal, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou, ainda, em período de recesso do Tribunal.

A concessão de medida liminar deve ser entendida como uma providência excepcional, em razão de militar em favor dos atos estatais a presunção de sua constitucionalidade. Por isso mesmo, sua concessão está condicionada à satisfação de certos requisitos relativamente à existência do (a) *fumus boni iuris*, ou seja, da plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados e, do (b) *periculum in mora*, isto é, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora da decisão final.

É de se aplicar na arguição de descumprimento, outrossim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que vem admitindo a concessão de medida liminar, em sede de ADIN, mesmo naqueles casos em que o ato impugnado já esteja em vigor há algum tempo, substituindo o requisito do *periculum in mora* pela demonstração de conveniência na concessão da liminar para a administração da justiça, para a administração pública e para a ordem jurídica em geral³⁵⁹.

A Lei 9.882/99 não dispõe claramente acerca dos efeitos dessa medida. Apenas prevê que a “liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada” (art. 5º, § 3º). Mas essa providência não é nenhuma novidade para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já admitiu a possibilidade de “suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional”.³⁶⁰

359. ADIN (MC) 568-AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.09.91, DJU de 22.11.91; ADIN (MC) 1087-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 01.02.95, DJU de 07.04.95; ADIN (MC) 1586-PA, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07.05.97, DJU de 29.08.97 e ADIN (MC) 1791-PE, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 11.09.98.

360. MI (QO) 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 23.11.89, cit.

Creemos que se deva aplicar à arguição de descumprimento de preceito fundamental a disciplina prevista nos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei 9.868/99 para a ação direta de inconstitucionalidade. Assim, a eficácia suspensiva da medida liminar deve operar, em regra, *pro futuro* ou *ex nunc*, salvo, excepcionalmente, quando o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Ademais, a concessão da medida liminar produz efeitos repristinatórios, tornando aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário.

Se a arguição se destinar a tutelar preceito fundamental violado em decorrência de omissão do poder público, a medida liminar pode perfeitamente antecipar a própria providência supridora requestada.

11.5.5. Objeto. Os atos ou omissões controláveis

Uma das significativas mudanças introduzidas no sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade, proporcionadas pela arguição de descumprimento de preceito fundamental refere-se, como se verá, ao objeto desta novel ação constitucional. Para além de desempenhar a função de garantia da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais, a arguição de descumprimento foi alçada a mecanismo de controle de *qualquer ato ou omissão do poder público*, seja normativo (incluindo os atos legislativos) ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição, federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão, ou entidade, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Com efeito, a Lei 9.882/99 é demasiadamente clara ao admitir a arguição contra qualquer ato do poder público (art. 1º, *caput*), seja federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, inciso I). A única exigência, de ver-se, relaciona-se com a necessidade de o ato emanar do Estado. A Lei, nesse particular, restringiu lamentavelmente o conceito de “descumprimento” de preceito fundamental que, à luz do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, era abrangente de atos do particular, perdendo o legislador a grande oportunidade de transformar a arguição de descumprimento de preceito fundamental em eficaz instrumento de proteção dos direitos fundamentais em face de atos privados e de reforçar, por conseguinte, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal situação, todavia, não compromete a largueza do objeto do novo instituto, que foi criado para a proteção máxima dos preceitos mais fundamentais da Constituição, contra, por isso mesmo, a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato do poder público.

Deve-se entender, contudo, que a expressão “ato do poder público” compreende os atos de particulares expressos em razão do desempenho de

função pública delegada, que se inserem, sem dúvida, no conceito de atos administrativos, de que são exemplos os atos expedidos por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público³⁶¹.

Realce-se, ademais, que o conceito de ato do poder público, para os fins da arguição, envolve também e necessariamente as omissões estatais, porquanto o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais pode verificar-se tanto por ação como por omissão. Dessa constatação, haure-se uma outra especificidade da ação de arguição, qual seja, a possibilidade de ela impugnar as ações e as omissões do poder público. Vale dizer, a Constituição logrou reunir em uma única ação um objeto que, para o caso da ação de inconstitucionalidade, aparta-se em duas ações distintas (ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão)³⁶².

Em suma, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental são controláveis todos os atos do poder público ofensivos a preceitos constitucionais fundamentais. Vejamos, em separado, esses atos fiscalizáveis pela arguição, sem perder de vistas, contudo, a idéia de que os mencionados atos só são sindicados, quando em contrastes com as normas constitucionais que se qualifiquem como preceitos fundamentais. Sim, porque, em que pese a amplitude do objeto do controle – todo e qualquer ato do poder público – a arguição limita-se à defesa dos preceitos fundamentais e não de toda a Constituição.

11.5.5.1. Atos normativos

Todos os atos normativos expedidos pelo poder público sujeitam-se ao crivo da arguição. Assim, tanto os atos normativos legais (emenda constitucional, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos legislativos), como os atos normativos infralegais ou secundários (tais os decretos, os regulamentos de execução, as portarias, as

361. Outra não é a conclusão que se extrai do conceito de ato administrativo que, segundo escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, é toda “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 344). Conferir, no mesmo sentido, Daniel Sarmento, op. cit., p. 92. Propondo uma interpretação conforme a Constituição para admitir também a arguição de descumprimento na eventualidade de o preceito fundamental ser violado por ato de particular em condições de equiparação a ato do poder público, ver ROTHENBURG, Walter Claudius. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 217.

362. TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 219.

instruções, as resoluções, os despachos e pareceres normativos, os avisos, entre tantos outros), desde que lesivos a preceito constitucional fundamental, podem sofrer a fiscalização pela via da arguição.

Há aqui, sem dúvida alguma, uma inovação no contexto do controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, como já se sublinhou, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia consolidado seu entendimento no sentido de excluir as normas infralegais do controle concentrado de constitucionalidade, sob o argumento de que tais atos, ainda que normativos, relacionavam-se diretamente com a lei que pretendiam regular, de tal modo que, se violação houvesse, esta ocorreria diretamente em face da lei, e não da Constituição, sendo o caso, portanto, de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade.

É evidente que essa orientação da Suprema Corte, por ser demasiadamente restritiva, continha o inconveniente de deixar de fora do eficiente controle abstrato de constitucionalidade a maioria dos atos normativos editados pelo Estado, circunstância que acabava por deixar indefesos os princípios constitucionais da legalidade, da separação de poderes e os próprios direitos fundamentais. Pertinente, a propósito, foi a crítica de Clèmerson Merlin Clève a essa posição do Supremo:

"A posição da Suprema Corte desafia questionamentos. Com efeito, o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata".³⁶³

A posição do Supremo Tribunal Federal resultava por *flexibilizar* o princípio da legalidade, compreendido tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei, quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal, esvaziando o próprio significado deste princípio constitucional, enquanto vetor

363. Op. cit., p. 211-212. A esta crítica associa-se MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 183: "Independentemente da aceitação da tese sobre a *inconstitucionalidade indireta*, deve-se reconhecer que a orientação segundo a qual o controle *lei-regulamento* configura *questão legal*, que não pode ser tratada no controle abstrato de normas, não há de ser aceita sem ressalvas. A Constituição de 1988, tal como já fizera a Constituição de 1967/1969 (art. 153, § 2º, c/c art. 81, III), consagra no art. 5º, II, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal como elementos fundamentais do Estado de Direito, exigindo que o poder regulamentar do Executivo seja exercido apenas para *fiel execução da lei* (CF, art. 84, IV). Disso resulta diretamente, pelo menos no que concerne aos direitos individuais, que a ilegalidade de um regulamento equivale a uma inconstitucionalidade, porque a legalidade das normas secundárias expressa princípio do Direito Constitucional objetivo ('Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' - CF art. 5º, II)".

da atividade regulamentar dos órgãos estatais com competência normativa. E sob o frágil argumento de ausência de violação direta à Constituição, a Corte deixava de conhecer eventual alegação de afronta àquele princípio, relegando a plano secundário importantes questões constitucionais. Por essas considerações urge que a Corte reveja seu entendimento, sobretudo em razão do recente aparecimento e desenvolvimento no direito brasileiro das chamadas agências reguladoras, dotadas de amplo poder regulamentar, a desafiar um controle de constitucionalidade eficiente e de caráter geral.

E essa mudança introduzida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental representa uma proveitosa oportunidade para a Suprema Corte refletir e reformular sua posição relativamente à ação direta de inconstitucionalidade e passar, doravante, a admitir o controle, também pela ADIN, das normas infralegais lesivas à Constituição, sobretudo quando violadoras a princípios constitucionais como a legalidade, a separação de poderes e aos direitos fundamentais.

As omissões de medidas de índole normativa necessárias a tornar efetivo preceito constitucional fundamental, sejam de responsabilidade do legislador ou do órgão e da entidade administrativa com competência normativa, são abrangidas, de igual modo, pelo propósito defensivo da arguição de descumprimento.

11.5.5.2. Atos não normativos

A arguição de descumprimento de preceito fundamental presta-se, outrossim, a fiscalizar os atos ou omissões não normativas do poder público. Vale dizer, pode ser empregada para controle dos atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, incluindo os atos administrativos, os atos ou fatos materiais, os atos regidos pelo direito privado e os contratos administrativos, além de abranger, outrossim, até as decisões judiciais e os atos políticos e as omissões na prática ou realização destes atos, quando violem preceitos constitucionais fundamentais.

Assim, a significativa amplitude do objeto da arguição tornou possível o controle abstrato de constitucionalidade dos atos concretos e das atividades materiais do Estado (como a nomeação do Procurador-Geral da República sem observar a exigência de ser o nomeado um membro da carreira do Ministério Público da União; um decreto declaratório de interesse social de um bem imóvel produtivo para fins de desapropriação para reforma agrária, em flagrante afronta a direito de propriedade; uma ordem de serviço para a execução de determinada construção, expedida e executada em violação ao princípio da moralidade administrativa). A sujeição destes atos à

fiscalização concentrada do Supremo Tribunal Federal só vem corroborar a preocupação que motivou o constituinte na criação de um remédio eficaz e célere de defesa dos preceitos mais importantes da Constituição.

Todavia, talvez a maior novidade, sem precedentes no direito brasileiro, diz respeito à possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade dos atos judiciais, inclusive das súmulas dos Tribunais. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal nunca aceitou a idéia de fiscalização abstrata da constitucionalidade das decisões judiciais³⁶⁴ e das súmulas de jurisprudência dos Tribunais por lhes faltar a normatividade exigida nesse tipo de controle³⁶⁵. Mesmo as chamadas sentenças normativas, proferidas pela Justiça do Trabalho (CF, art. 114, § 2º), não sofriam a incidência do controle abstrato de constitucionalidade, em razão de estarem sujeitas, na qualidade de atos judiciais, ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, pelo qual só podem ser impugnados pelos recursos próprios previstos na legislação comum³⁶⁶.

Essa idéia, no entanto, sofreu profunda modificação com a introdução da arguição entre nós. Efetivamente, em face de seu amplo objeto, a arguição pode alcançar as decisões judiciais que violem preceito fundamental, à semelhança do que ocorre com o recurso extraordinário, que pode ser interposto quando a decisão judicial contrariar dispositivo da Constituição (CF, art. 102, III, *a*). Desse modo, "caberá a propositura da arguição de descumprimento para se evitar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/99".³⁶⁷ É necessário, entretanto, esclarecer que a arguição somente alcança os atos judiciais não imunizados pela coisa julgada.

11.5.5.3. Atos municipais

Acrescente-se, ademais, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode incidir sobre os atos do poder público de qualquer das

364. AgRg em ADIN 779, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 08.10.92, DJU de 11.03.94, p. 4095: "Decisões judiciais proferidas em face de situações concretas ou individuais não se submetem, por total ausência de conteúdo normativo, ao controle concentrado de constitucionalidade".

365. ADIN 594-DF (MC), Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 19.02.92, DJU de 15.04.94, p. 8046: "Constitucional. Súmula da jurisprudência predominante. Ação direta de inconstitucionalidade. Ato normativo. Súmula n. 16, do Superior Tribunal de Justiça. I. A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita a jurisdição constitucional concentrada. II. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida". Cumpre aguardar qual será a posição do STF diante da súmula vinculante que passou a ser prevista no art. 103-A da Constituição Federal por força da EC 45/2004.

366. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 216.

367. MENDES, Gilmar Ferreira, 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto'. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 143.

esferas políticas da Federação brasileira, sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Vislumbra-se, aqui também, uma outra importante inovação. É que, pela sistemática da ação direta de inconstitucionalidade traçada no art. 102, I, *a*, da Carta Magna, somente os atos normativos federais e estaduais contestados em face da Constituição Federal, sujeitavam-se ao controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Os atos municipais, todavia, ficavam de fora desse importante e eficiente modelo de controle, submetendo-se, tão-somente, ao controle incidental de constitucionalidade (ou ao controle abstrato perante os Tribunais de Justiça, se contestados em face das Constituições estaduais), circunstância que tornava as normas municipais, ainda que flagrantemente violadoras da Carta Federal, praticamente imunes à uma eficácia geral de declaração de inconstitucionalidade.

A partir da consagração da arguição no direito brasileiro, entretanto, os atos municipais não estão mais a salvo do controle abstrato de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, com o que passarão a sujeitar-se, à semelhança dos atos federais e estaduais, à eficácia *erga omnes* da decisão declaratória de inconstitucionalidade³⁶⁸. Não vemos nisso qualquer inconstitucionalidade da Lei 9.882/99, como chegou a defender um autor³⁶⁹. Primeiro, porque a Constituição, em nenhum momento, proibiu, explícita ou implicitamente, o controle abstrato de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de leis ou atos normativos municipais contestados em face da Constituição Federal, excluindo esses atos, tão-só, do raio de atuação da ação direta de inconstitucionalidade, que, como cediço, é apenas uma das variadas ações especiais de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo, porque o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, contemplou a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, confiando ao legislador a tarefa de estabelecer a forma como essa apreciação se dará e, decerto, a partir de que ato esse descumprimento a preceito fundamental se verificará.

Noutros termos, pode-se assegurar que o Supremo Tribunal Federal, se não dispunha de competência originária para o controle abstrato de normas municipais contestadas em face da Constituição Federal, porque a ação direta de inconstitucionalidade não comportava esse tipo de controle, foi dotado, com a arguição, de competência para exercitá-lo, por determinação da própria Constituição. E essa competência do Supremo para a fiscalização

368. Sobre o tema, conferir a obra de ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O Novo Controle de Constitucionalidade Municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

369. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 646.

abstrata dos atos municipais, normativos ou não, reforça o sistema de defesa da Constituição, que passa a contar com mais um mecanismo de garantia da supremacia de suas normas. Por coerência, a arguição abrangerá, outrossim, as normas do Distrito Federal quando elaboradas no exercício de competência legislativa municipal (CF, art. 32, § 1º).

11.5.5.4. Atos anteriores à Constituição

Outra novidade suscitada pela arguição de descumprimento consiste na possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de atos anteriores à Constituição (ou à Emenda Constitucional nova). Nesse particular, a arguição de descumprimento veio "corrigir" um equívoco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia a fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito pré-constitucional³⁷⁰, sob o argumento prático de que a questão apresentada era de simples revogação e não de inconstitucionalidade superveniente. Segundo a firme posição do Supremo, portanto, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser solucionada segundo os princípios de direito intertemporal, haja vista que o processo abstrato de controle de constitucionalidade destina-se, exclusivamente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais³⁷¹.

O equívoco do STF residia no fato de que as questões de inconstitucionalidade não se resolvem no plano do direito intertemporal ou do critério cronológico do *lex posterior derogat lex priori*, e sim no plano do critério hierárquico ou da validade. O juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é um juízo acerca da validade de uma lei ou de um ato do poder público em face da Constituição que lhe serve de fundamento. Assim, se uma

370. Essas normas anteriores à Constituição se sujeitavam, tão-somente, ao controle incidental.

371. Na ADIN nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 06.02.92, DJU de 21.11.97, a questão foi amplamente discutida, sobretudo em face da manifestação do Min. Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência do Supremo, no que foi seguido pelos Mins. Marco Aurélio e Néri da Silveira. Todavia, prevaleceu, no final, a tese tradicional da Corte. Confira a ementa do julgado: "CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido".

lei anterior, em face da nova Constituição, perde seu fundamento de validade, por não se compatibilizar materialmente com a nova ordem jurídico-constitucional, ela é inválida, ou seja, inconstitucional.

Ademais disso, é corrente na doutrina a idéia de que o critério da *lex posterior derogat lex priori* pressupõe duas normas contraditórias de idêntica densidade normativa³⁷², de tal modo que uma Constituição, composta, em regra, de normas gerais ou principiológicas, de conteúdo aberto, não possui densidade normativa equivalente a uma lei, não podendo, por isso mesmo, simplesmente revogá-la. Assim, no âmbito de uma teoria geral do direito, quando se tratar de uma antinomia entre normas de diferente hierarquia, impõe-se a aplicação do critério da *lex superior*, que afasta as outras regras de colisão referentes à *lex specialis* ou *lex posterior*. A não ser assim, "chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior* pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior*".³⁷³

Com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que possibilitou expressamente, reiterar-se, o controle da validade constitucional da norma preexistente, espera-se do Supremo Tribunal Federal que reveja, também por esse aspecto, sua posição e passe a acolher o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente como regra em todo o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, alinhando-se, em definitivo, à jurisdição constitucional de outros países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, que admitem o controle concentrado de constitucionalidade do direito pré-constitucional. Isso porque, é inegável que essa posição soa mais vantajosa para o sistema constitucional pátrio, pois passa a contar com um mecanismo mais eficiente de aferição da constitucionalidade do direito precedente.

11.5.5.5. Atos políticos

Questão polêmica refere-se à possibilidade de controle judicial dos atos políticos. O Supremo Tribunal Federal sempre foi infenso à idéia de sindicabilidade dos atos políticos, circunstância que o levou a não conhecer da primeira arguição de descumprimento proposta após o advento da Lei 9.882/99. Destarte, na ADPF nº 01-RJ, a Corte, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de

372. Conferir, a propósito, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, p. 168-170.

373. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, p. 170.

Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal (que havia elevado o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000) teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes. Considerou o Supremo ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99³⁷⁴.

Com esse julgamento, perde o Supremo Tribunal Federal a grande oportunidade de reconhecer à Constituição de 1988 a natureza de Constituição normativa plena, afastando-a de sua triste sina de transformar-se, em breve espaço de tempo, em uma Constituição nominal ou de fachada, na festejada classificação ontológica formulada por Karl Loewenstein. Sim, porque fixar a idéia generalizada de que os atos políticos são imunes ao controle judicial de constitucionalidade é aceitar que os mesmos possam violar a Constituição e, o que é pior, ferir de morte os próprios preceitos fundamentais nela consagrados. De recordar-se, a propósito, na senda do que proclamou KÄGI, que a natureza e o conceito de uma Constituição, quem lhe empresta é a jurisdição constitucional: *diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição*. E a pobre e ineficiente jurisdição constitucional que o Supremo vem exercendo, a respeito das questões políticas, tem, cada vez mais, enfraquecido a força normativa da Constituição, minando a pretensão de eficácia plena da Carta Magna.

É certo, evidentemente, que há atos políticos que, por relacionarem-se exclusivamente à conveniência e oportunidade política do Poder, escapam à apreciação judicial, de que são exemplos os atos de deliberação exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49); a decisão de admissibilidade do processo de *impeachment* contra o Presidente da República, assim como o seu julgamento; a decisão de cassação, ou não, do mandato do parlamentar; a decisão de decretar, ou não, o estado de defesa e o estado de sítio, para citar apenas alguns poucos. Mas daí à compreensão de que todos os atos políticos, sem exceção, são insuscetíveis do controle judicial, há uma enorme diferença.

Ruy Barbosa já alertava para a distinção a que se deve proceder na compreensão a respeito das questões políticas, enfatizando que os atos políticos podem, sim, estar sujeitos à aferição de constitucionalidade pelos Tribunais, quando firam a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. Haure-se, tal conclusão, das seguintes lições de Ruy:

374. ADPF (QO) 1-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 03.02.2000 (Informativo STF 176).

"Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado".³⁷⁵

Desse modo, em face das lições de Ruy, as questões políticas, se interferirem com a existência constitucional de direitos fundamentais, não se escusam ao controle judicial de constitucionalidade, notadamente em razão da garantia constitucional que assegura a apreciação pelo Poder Judiciário de todas as questões que envolvam lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV)³⁷⁶. Ousamos, todavia, avançar um pouco mais, para defender a possibilidade de controle judicial de todo e qualquer ato político que contraviesse a Constituição, que constitui, sem dúvida alguma, o parâmetro inafastável do controle de legitimidade de todos os atos estatais.

No que tange ao julgamento proferido na ADPF nº 01, o Supremo Tribunal Federal afastou o controle judicial de um ato político que se submete a pressupostos objetivos mínimos de validade constitucional, uma vez que o veto do chefe do Poder Executivo, *ex vi* do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, deve ser necessariamente motivado, sob pena de grave ofensa às formalidades do processo legislativo, que se identificam, indubitavelmente, com os preceitos fundamentais. Por isso mesmo, não podemos concordar, *data vênica*, com a decisão da Suprema Corte, que confirma, lamentavelmente, uma tradição equivocada do Tribunal acerca de *political questions*. E não concordamos, porquanto a própria Constituição estabelece as condições mínimas para o aperfeiçoamento e prática daquele ato, que não se insere, portanto, no conceito de ato *puramente político fora dos domínios da justiça*, de que falou RUY.

11.5.5.6. Projetos de leis ou de emendas constitucionais

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal jamais foi favorável ao controle abstrato preventivo de constitucionalidade, ou seja, aquele incidente sobre projetos de leis ou mesmo sobre propostas de emenda constitucional, com o fundamento de que esse modelo de controle pressupõe a

375. 'O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional'. In: *Jornal do Comércio*, ed. da Tip., vols. I e II, 1910, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 291.

376. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 343. Segundo o autor, os atos políticos, inobstante amplamente discricionários, *também são controláveis pelo Poder Judiciário*. "Pelo quanto se disse, entretanto – já se vê –, atribuímos à noção de ato político ou de governo relevância totalmente diversa da que lhe é conferida pela doutrina europeia. Esta os concebe para efeitos de qualificá-los como atos insuscetíveis de controle jurisdicional, entendimento que repelimos de modo absoluto e que não se coadunaria com o Texto Constitucional brasileiro, notadamente com o art. 5º, XXXV".

existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas³⁷⁷. Tem admitido, contudo, mas excepcionalmente, o controle prévio incidental, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição. Nesse caso, o STF vem permitindo o recurso ao mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67) ou da emenda (art. 60, § 4º), proibindo a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição³⁷⁸.

377. ADIN 466-DF (MC), Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03.04.91, DJU de 10.05.91. Segundo o relator, a "O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas a Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado a decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (cf, art. 60, par. 1.), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune a ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no par. 4. do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao poder legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade".

378. MS nº 20.257-DF, Rel. Min. Decio Miranda, j. em 08.10.80, DJU de 27.02.81, citado. Na recente decisão proferida no MS 24138 (MC), o seu então Relator, Min. Néri da Silveira deixou assentada a firme posição da Corte: "Não se adotou, no Brasil, o controle judicial preventivo de constitucionalidade da lei. Não é, assim, em princípio, admissível o exame, por esta Corte, de projetos de lei ou mesmo de propostas de emenda constitucional, para pronunciamento prévio sobre sua validade. Não se acolhe, em princípio, súplica para impedir a tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição, ao fundamento de contrariar princípio básico da ordem constitucional em vigor. Somente depois de editada a lei ou emenda à Constituição, caberá o amplo controle judicial de constitucionalidade da norma, que se consagra no País, nos sistemas concentrado e difuso. 3. Tem-se

Enfim, segundo a pacífica orientação da Corte, o controle abstrato de constitucionalidade só pode operar-se de modo sucessivo ou repressivo, com o que restou distanciada a jurisdição constitucional brasileira do modelo de jurisdição de países como Portugal, Áustria, Itália e Espanha, que adotam tanto o controle preventivo como o sucessivo.

Numa tentativa louvável de alterar essa situação, o projeto do qual resultou a Lei 9.882/99 previu no art. 5º, § 4º e no art. 9º, normas que autorizavam o Supremo Tribunal Federal a proceder ao controle preventivo de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento. Com efeito, assim dispunham ditos preceptivos:

"Art. 5º. (...).

§ 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do caput, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente."

"Art. 9º. Julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição."

Entretanto, esses dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, sob a justificativa de padecerem do vício da inconstitucionalidade, porquanto propiciavam uma "intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo" e "em questão *interna corporis* do Poder Legislativo".

Não obstante os vetos aos mencionados dispositivos, que tão-somente explicitavam a possibilidade de controle abstrato preventivo, cremos que a

reconhecido, entretanto, ao parlamentar - deputado federal ou senador - legitimidade ativa a requerer mandado de segurança, para garantir direito público subjetivo de que titular, no sentido de não ver submetida a deliberação proposta de emenda à Lei Magna da República, nas hipóteses em que a própria Constituição obsta logre curso o processo legislativo, que, desse modo, se entremos-trá, desde logo, inconstitucional. Tal sucede, diante do art. 60, § 4, da Lei Magna, quando preceitua que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Nesse sentido, anotei, ao despachar, *ad exemplum*, o Mandado de Segurança n. 21.311-6/160, quando parlamentares impetraram segurança contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados, que tornou possível o exame da Proposta de Emenda a Constituição Federal n. 1, de 1988, instituindo a pena de morte, nas hipóteses que então eram alinhadas. 4. Tenho, pois, como possível, na linha da jurisprudência do STF, a impetração aforada pelo deputado federal requerente, a tanto, legitimado. (...) 27 de novembro de 2001. Ministro Néri da Silveira" (DJU de 19.12.2001).

Constituição não proíbe essa fiscalização prévia, antes a estimula se necessária à defesa de um preceito fundamental nela consagrado. A teor da fórmula contida no § 1º do art. 102, não se vislumbra qualquer empecilho ao exercício preventivo da jurisdição constitucional abstrata. Assim, em que pese os vetos apostos ao § 4º do art. 5º e ao art. 9º, resta a ampla previsão constante do art. 1º da Lei 9.882/99, segundo o qual a arguição também terá por objeto *evitar* lesão a preceito fundamental. E, certamente, evita-se lesão a preceito fundamental não só impedindo a insurgência de ato perfeito, como também paralisando o ciclo de gestação de um futuro ato potencialmente lesivo³⁷⁹.

Nessa ordem de idéias, defende-se o controle abstrato preventivo de constitucionalidade, por via da arguição, de toda proposta de ato do poder público potencialmente lesivo a preceito constitucional fundamental. Com isso, reforça-se ainda mais a supremacia da Constituição e, em especial, de suas normas mais sobranceiras. Talvez isso implique, decerto, uma intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo. Mas, obviamente, tal só ocorrerá se o legislador não estiver observando os preceitos relativos ao processo legislativo constitucional. Se, ao revés, pecar por inobservá-los, a intervenção da jurisdição constitucional, por mais que excessiva, é medida que se impõe, porquanto o legislador não está isento do cumprimento das normas constitucionais.

11.5.5.7. Ato de interpretação e aplicação do regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo

O Supremo Tribunal Federal também vem se recusando a apreciar os atos ofensivos ao regimento interno das casas legislativas, sob o argumento de tratar-se de questão *interna corporis* do órgão. Limita-se, no entanto, a admitir o controle judicial quando a norma regimental violada reproduz norma constitucional³⁸⁰.

379. No mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 304.

380. MS 22.503, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 06.06.97: "MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO A TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA A Apreciação DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. (...) 1 - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu à discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas

Tal orientação, a nosso ver, revela-se manifestamente equivocada, porquanto em absoluta contradição com os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial e do devido processo legal, também aplicáveis ao processo legislativo³⁸¹.

Sensível a essa situação, a proposta legislativa que culminou na edição da Lei 9.882/99 previu, no inciso II, parágrafo único, do art. 1º, a possibilidade de propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental "em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal".

Esta disposição, contudo, também restou vetada pelo Presidente da República, por suposta inconstitucionalidade, amparada no fundamento de que as questões afetas à "interpretação ou aplicação" das normas regimentais constituem matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. E que o Supremo Tribunal Federal só está legitimado a intervir no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo, quando aquelas normas regimentais reproduzam normas constitucionais. De ver-se, à evidência, que o veto presidencial se baseia na própria jurisprudência do Supremo a respeito do tema. Todavia, em que pese o mencionado veto, estamos absolutamente convencidos – com supedâneo tão-somente no § 1º

informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita a reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há insita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto a alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (...) No mesmo sentido, MS 22.183, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 12.12.1997: "MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, QUE INDEFERIU, PARA FINS DE REGISTRO, CANDIDATURA AO CARGO DE 3º SECRETÁRIO DA MESA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 8º DO REGIMENTO DA CÂMARA E DO § 1º DO ART. 58 DA CONSTITUIÇÃO. 1. Ato do Presidente da Câmara que, tendo em vista a impossibilidade, pelo critério proporcional, do preenchimento de dois cargos da Mesa pelo mesmo partido, defere, para fins de registro, a candidatura para o cargo de Presidente e indefere para o de membro titular da Mesa. 2. Mandado de segurança impetrado para o fim de anular a eleição da Mesa da Câmara e validar o registro da candidatura ao cargo de 3º Secretário. 3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente a composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8.). 3.1. O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito a apreciação do Poder Judiciário. 3.2. Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário. 4. Mandado de segurança não conhecido, por maioria de sete votos contra quatro. Cassação da liminar concedida".

381. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 97.

do art. 102 da Constituição Federal –, de que a argüição pode ser manejada para o fim de proteger a higidez do processo legislativo constitucional, cujas normas manifestam-se como autênticos preceitos fundamentais vocacionados à tutela da regularidade formal das leis em geral, de magna importância para o equilíbrio e a segurança do sistema jurídico.

Acrescente-se a isto, o escoreito argumento trazido à colação por Walter Claudius Rothenburg de que as “interpretações” ou “aplicações” de regimento interno das casas legislativas são atos do poder público “e, como tais, incluídas na dicção do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882”.³⁸²

11.5.6. Decisão e seus efeitos

Segundo dispõe o art. 8º da Lei 9.882/99, a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que corresponde ao número de oito de seus integrantes, considerado *quórum* mínimo para instalação da sessão de julgamento. Quanto ao *quórum* para o próprio julgamento, o projeto originário da Lei 9.882/99 exigia o pronunciamento de pelo menos dois terços dos Ministros (ou seja, oito Ministros) para considerar formalmente julgada procedente ou improcedente a argüição. Assim dispunha, pois, o § 1º do art. 8º: “Considerar-se-á procedente ou improcedente a argüição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros”.

Esse parágrafo, porém, foi vetado pelo Presidente da República, sob o escoreito fundamento de que ele exigia, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quórum* superior àquele necessário para as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade. Entendeu-se, outrossim, que tal disposição constituiria inadmissível restrição à celeridade, à capacidade decisória e à eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, aduziu-se que o escopo fundamental do projeto de lei da argüição reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente estaria frustrado diante do excessivo *quórum* exigido pelo dispositivo vetado.

Absolutamente procedentes as razões do veto. De feito, restaria completamente inviabilizada a argüição se fosse prescrito desmedido *quórum* de julgamento. Assim, a despeito da omissão da lei, gerada pelo veto, deve-se entender que o *quórum* para o julgamento da argüição será de maioria absoluta, a teor do art. 97 da Constituição Federal, quando houver pronunciamento

382. Op. cit., p. 216.

pela inconstitucionalidade do ato do poder público lesivo a preceito fundamental. Essa conclusão é corroborada pela norma prevista no art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do *quórum* mínimo da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

A decisão proferida em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, para além de reconhecer ou não o descumprimento do preceito em causa, deverá ser comunicada, para cumprimento imediato, às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão questionada. Para tanto, o art. 10, *caput*, da Lei 9.882/99, exige que o Supremo Tribunal Federal, independentemente de julgar procedente ou improcedente a argüição, fixe no *decisum* as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental supostamente descumprido. A decisão terá *eficácia contra todos e efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Vale dizer, por submeter-se à disciplina do processo objetivo, a argüição desafia decisão *erga omnes*, alcançando a todos, envolvidos ou não no processo constitucional, operando efeitos retroativamente e causando, em regra, a nulidade dos atos impugnados, quando forem de índole normativa.

Essa decisão, quando incidente sobre os atos normativos, ou sobre as omissões normativas parciais, exatamente em decorrência de sua natureza declaratória, pode ensejar a nulidade dos atos impugnados. Vale dizer, a decisão que, julgando procedente a argüição, declara a inconstitucionalidade do ato normativo atacado implica na pronúncia de sua *nulidade ab initio*. Essa decisão, segundo a doutrina corrente, é de natureza declaratória, pois apenas reconhece um estado preexistente³⁸³. Daí sustentar-se, perfeitamente, que o referido *decisum* produz efeitos *ex tunc*, retroagindo para fulminar de nulidade a norma impugnada desde o seu nascedouro, ferindo-a de morte no próprio berço. Com isso, entendem-se perfeitamente aplicáveis aqui, no processo objetivo da argüição, as técnicas da *interpretação conforme a Constituição*³⁸⁴, da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução*

383. Prevalece, portanto, no direito brasileiro a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Sobre o tema, vide Alfredo Buzaid, *Da ação direta...*, op. cit., p. 130-132; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 244; MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 257; MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 313-318; STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 426; NUNES JÚNIOR, Luiz Alberto David Araujo e SERRANO, Vidal. op. cit., p. 46, entre outros. No Supremo, vide R. 971, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ n. 87, p. 758; RE 93.356, Rel. Min. Leito de Abreu, RTJ n. 97, p. 1369; R. 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 993; R. 1.077, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 101, p. 503.

384. A técnica da interpretação conforme a Constituição visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição. O STF admitiu, na ADPF nº 54 (27.04.2005), o emprego da referida técnica no âmbito

de texto e do apelo ao legislador, por aplicação analógica do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, que dispõe expressamente sobre essas técnicas de decisão no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Mas é preciso ressaltar que essas técnicas nem sempre poderão ser aplicadas no processo da arguição. Comentando sobre o tema, André Ramos Tavares esclarece o motivo, que tem nossa adesão:

“(…) pelo simples motivo de que, nessa seara, nem sempre se estará a defrontar-se com um texto normativo, perante o qual cabia, v. g., a interpretação conforme a Constituição. Por vezes, estar-se-á diante de atos administrativos, concretos, mas de grande relevância social, e que só se resolvem pelo reconhecimento ou não do descumprimento, sem possibilidade de fixar-lhes termos (interpretativos) para que passem a ser constitucionais ou termos (temporais) a partir dos quais passem a ser inconstitucionais”.³⁸⁵

Por semelhante razão, como os atos não normativos nem sempre terão solução pela simples pronúncia de nulidade, é imperioso que se possa empregar em relação a eles a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Questão polêmica diz respeito ao efeito vinculante dessas decisões, tendo em vista que foi concebido a partir do legislador ordinário. A propósito do assunto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2.231-DF) impugnando, entre outros dispositivos, o § 3º do art. 10 da Lei 9.882/99, que fixou o efeito vinculante da decisão proferida no âmbito da arguição. O relator da ação, o Min. Néri da Silveira, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, quanto a este dispositivo, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a Constituição Federal remete expressamente à lei a disciplina da ADPF. O julgamento sobre o pedido da medida cautelar, contudo, encontra-se suspenso em razão de pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence.

Na doutrina, os autores divergem a respeito. A nosso sentir, a norma legal é constitucional, pois o § 1º do art. 102 da Constituição Federal remete ao legislador a disciplina processual da arguição. Ademais, o efeito vinculante não repugna ao espírito da Constituição, tanto que nela está contemplado

da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nessa ação se requereu fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Penal que disciplinam e punem o aborto, para excluir, por inconstitucional, interpretação que impede a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de fetos anencéfalos.

385. Op. cit., p. 379.

para o caso da ação declaratória de constitucionalidade³⁸⁶ e, mais recentemente, para a ação direta de inconstitucionalidade por força da EC nº 45 que deu nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição.

Os efeitos vinculantes na arguição, segundo entendemos, têm uma amplitude muito maior do que para os previstos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. De fato, enquanto na Adin e na Adecon os efeitos só alcançam os órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública, na arguição, os efeitos atingem todos os órgãos do poder público, inclusive o legislativo³⁸⁷, que ficam submetidos às condições e ao modo de interpretação e aplicação fixados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do preceito fundamental. Isso gera consequências sérias, como a possibilidade até de suspensão liminar do processo legislativo, em caso de inobservância das condições fixadas pelo Pretório Excelso³⁸⁸, ademais do cabimento de reclamação diretamente interposta junto ao Supremo, em caso de descumprimento de sua decisão e, exatamente, para garantir a autoridade desta, consoante prevê o art. 13 da Lei 9.882/99.

Apesar de produzir, em regra, efeitos retroativos e genéricos, a decisão na arguição de descumprimento que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser manipulada quanto à generalidade e extensão dos efeitos e quanto ao momento de sua vigência. Com efeito, dispõe o art. 11 da Lei 9.882/99 (Lei da ADPF), em norma similar à prevista no art. 27 da Lei 9.868/99 (Lei da ADIN e da ADC), que, ao “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir

386. BASTOS, Celso Ribeiro. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 83.

387. Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 154 e ROTHENBURG, Walter Claudius. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 228. Contra: CLÈVE, Clèmerson Merlin e DIAS, Cibele Fernandes. ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental’. In: Evandro de Castro Bastos; Odilon Borges Júnior (coords.). *Novos rumos da autonomia municipal*, p. 78 e BERNARDES, Juliano Taveira. ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental’. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 8, jan./2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).

388. No mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 228.

que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Desse modo, concedeu-se ao Supremo Tribunal Federal, também em relação à arguição de descumprimento, o poder de excepcionar a própria regra do efeito *erga omnes* e do efeito declaratório ou *ex tunc* de suas decisões, para emprestar às mesmas, efeitos mais limitados e efeitos constitutivos, ou *ex nunc*, ou prospectivos, no que, a nosso ver, andou bem o legislador, tendo em vista que a fixação, pela própria Corte, dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida cambiante.

Isso significa que, quanto à restrição dos efeitos da decisão, pode o Supremo limitar a eficácia *erga omnes* da decisão para dela excluir certas situações (como, *v. g.*, excluindo alguns atos expedidos ou algumas relações constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional). Relativamente à manipulação da eficácia temporal, pode o Supremo Tribunal Federal deliberar que a decisão só opere efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou a partir de outro momento que se situa, decerto, dentro do lapso compreendido entre a data da publicação da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional.

Todavia, o poder da Corte de fixar os efeitos da inconstitucionalidade não é arbitrário, pois foi submetido a certos requisitos formais e materiais. De feito, exige o art. 11 da Lei 9.882/99 que o Supremo Tribunal Federal – se desejar restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado – pronuncie-se pela maioria de dois terços de seus membros (requisito formal) e amparado por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (requisito material).

Finalmente, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurível, não podendo ser objeto de ação rescisória. Cabem, todavia, não obstante o silêncio da lei, embargos de declaração, nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão.

Enfim, em decorrência da sobranceira importância da arguição de descumprimento e da necessidade da célere e pronta preservação do preceito fundamental descumprido, estabelece a Lei 9.882/99 que o Presidente do Tribunal determine o *imediato* cumprimento da decisão, independentemente de lavratura do acórdão e de sua publicação, que deve ocorrer somente após (art. 10, § 1º). A Lei 9.882/99 estatui que dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva seja publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União (art. 10, § 2º).

11.6. Arguição incidental

A arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental consiste, como frisado, numa ação judicial de controle concreto de constitucionalidade, suscitada em razão de um processo subjetivo onde se controverte, com fundamentos relevantes, acerca da aplicação de lei ou ato do poder público contestado em face de um preceito constitucional fundamental. A despeito de uma ação concreta, ela desempenha, a par do digno papel de defesa dos direitos subjetivos, uma função de natureza objetiva na tutela da ordem jurídico-constitucional, de tal modo que sua apreciação também foi reservada à competência concentrada do Supremo Tribunal Federal.

Tudo que se falou a respeito da legitimidade, competência, procedimento, medida liminar, objeto, decisão e seus efeitos, relativamente à arguição autônoma ou direta, vale aqui para a arguição incidental, com as observações já feitas e as que serão, ao diante, formuladas.

A arguição incidental, tal como concebida, possibilita o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de uma questão constitucional relevante, debatida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, que envolva a interpretação e aplicação de um preceito constitucional fundamental. Na espécie, quando admitida a arguição, operar-se-á uma verdadeira “cisão” entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal, para sua exclusiva apreciação, tão-somente a primeira delas, uma vez que remanesce a competência dos órgãos judiciários ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida. A Corte, portanto, limita-se a apreciar a questão constitucional, dando-lhe solução adequada e rápida, sem se manifestar, porém, sobre o objeto ou a pretensão vinculada ao caso concreto e pendente de julgamento pelos órgãos judiciários ordinários.

Por esse motivo, não se nos afigura escorreito o entendimento que busca identificar a arguição incidental com o instituto da advocatória, de feição autoritária, em virtude do qual o Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República, chamava para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante, decidindo todo o caso, em absoluta violação à garantia do juiz natural³⁸⁹. Na arguição, a competência da Suprema

389. A denominada advocatória foi introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 07, de 13 de abril de 1977 (o chamado “pacote de abril”), que acrescentou a alínea “o” ao inciso I do art. 119 da Constituição de 1967. Segundo essa alínea acrescentada, competia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente “as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Corte circunscreve-se a decidir as questões constitucionais, com o que desempenha, de modo direto e imediato, mas sempre quando provocado, o seu papel primordial de guardião-mor da Constituição e da ordem jurídica, realizando uma ponte entre o controle concentrado e o difuso, “uma vez que sua decisão incidirá diretamente sobre os diversos processos judiciais”.³⁹⁰ Assim, como ponderam Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, a arguição de descumprimento de preceito fundamental,

“(...) difere-se, em muito, da antiga advocatária, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, através do qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição”.³⁹¹

Assim, pelo que se nota, por meio da arguição incidental levam-se ao conhecimento imediato do Supremo Tribunal Federal as questões constitucionais que ordinariamente seriam suscitadas em sede de controle difuso-incidental, repartindo-se o julgamento do caso concreto, mas deixando sua resolução final submetida à esfera de competência do juiz ou tribunal perante o qual corre a demanda. É verdade, porém, que o juiz ou tribunal da causa deverão acatar a deliberação pretoriana a ser proferida na arguição, haja vista que o deslinde da matéria constitucional constitui antecedente lógico do julgamento do caso concreto que ensejou a arguição, vinculando as partes e o órgão julgador. Nesse passo, percebe-se a semelhança entre a arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental e o incidente de inconstitucionalidade que ocorre perante os tribunais, em sede de controle difuso de constitucionalidade, nos moldes desenhados nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, segundo os quais o órgão fracionário do tribunal, a que tocar o conhecimento do processo, se acolhida a arguição

390. BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. ‘A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatária’. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 08, jan., 2000, op. cit.

391. Op. cit.

de inconstitucionalidade, submete a questão constitucional ao plenário do tribunal, a fim de que possa julgá-la³⁹².

A diferença fundamental entre ambos reside na circunstância de que, distintamente do que se verifica no incidente de inconstitucionalidade, a decisão proferida na ADPF incidental vinculará não somente o julgamento do caso concreto que a ensejou, mas também a todos os outros sob os quais pende de solução a mesma questão, em face do que prescreve a regra insculpida no art. 10 e § 3º da Lei 9.882/99, de que já se falou.

A arguição incidental faz instaurar uma espécie de *controle misto* de constitucionalidade que – consoante sublinha Canotilho³⁹³, comentando incidente semelhante existente no direito português (CRP, art. 281º/3 e arts. 82º e ss. da LTC) – conjuga duas dimensões, uma *abstrata*, por importar numa declaração de inconstitucionalidade com força geral, à semelhança do que sucede nos processos abstratos de controle de constitucionalidade, e uma *concreta*, em razão de a declaração de inconstitucionalidade surgir de uma fiscalização concreta. Ela permite, ainda segundo o autor português, o *trânsito do controle difuso para o controle concentrado* de constitucionalidade³⁹⁴, que dependerá, *ex vi* do inciso I, parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 9.882/99, da comprovação de prévia “controvérsia constitucional relevante”, da qual se falará mais adiante.

Enfim, por essa ordem de idéias, colhe-se que o principal objetivo da arguição incidental é possibilitar uma decisão antecipada do Supremo Tribunal Federal sobre as questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam a seu conhecimento, muito tempo depois, através do recurso extraordinário. A arguição incidental, portanto, se justifica a fim de evitar que perdurem, por longo tempo, dúvidas quanto à constitucionalidade de determinados atos do poder público contestados em face de um preceito constitucional fundamental.

Com a arguição incidental, restou consagrada no Brasil uma fórmula de controle de constitucionalidade rápido e imediato, nas questões relevantes envolvendo interpretação e aplicação de preceito fundamental, cabendo, em tais hipóteses, a eventual suspensão temporária do processo concreto para que seja dirimida a questão constitucional suscitada, ensejando ao Supremo Tribunal Federal firmar sua posição na matéria, sem que se tenha de

392. Ressalvadas as duas exceções previstas no parágrafo único do art. 481 do CPC. Para uma análise do tema, conferir os itens 4 e 5 do Capítulo V do Livro.

393. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*..., op. cit., p. 919-920.

394. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*..., op. cit., p. 958.

aguardar a apreciação do recurso extraordinário, que, certamente, só ocorrerá muitos anos depois. Afigura-se, sem dúvida alguma, que o propósito da ação de arguição incidental foi racionalizar o sistema atual e emprestar-lhe maior coerência, por propiciar a remessa, desde logo, da questão constitucional relevante para a apreciação por seu órgão julgador final, que é o Supremo Tribunal Federal³⁹⁵.

Todavia, apesar das vantagens introduzidas pela arguição incidental, acima apontadas, foi suscitada a sua inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. De feito, o inciso I, parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que regula a modalidade de arguição incidental, foi impugnado na Adin nº 2.231-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O relator da ação, o Min. Néri Da Silveira, considerou, em razão da generalidade da disposição legal, que o dispositivo atacado autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme a Constituição, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo.

Em consequência desse entendimento, o Ministro relator também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto. No entanto, o julgamento final sobre a medida liminar encontra-se suspenso, em face do pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence³⁹⁶. De nossa parte, não vislumbramos, *data venia*, nenhuma inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, tendo em vista que a modalidade "incidental" da arguição de descumprimento de preceito fundamental insere-se no conceito amplo que lhe emprestou o § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

11.6.1. Legitimidade ad causam

Já se noticiou que na arguição direta ou autônoma os co-legitimados para propô-la são os mesmos co-legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Quanto a este aspecto, não se vislumbra problema algum, porquanto ambas as ações se inserem no âmbito dos mecanismos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinadas igualmente à tutela objetiva

da supremacia constitucional, independentemente de qualquer controvérsia concreta a respeito, procedendo com acerto o legislador ao pretender estabelecer uma simetria entre as mesmas.

O mesmo tratamento, todavia, não podia ser dado à arguição incidental, já que esta modalidade de arguição é dependente da existência de controvérsia constitucional, eis que surge necessariamente como um incidente originado de um caso concreto, com partes definidas, submetido a julgamento perante as instâncias ordinárias. Consciente desta situação, o legislador, a princípio, conferiu legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público para suscitar o incidente de constitucionalidade diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Tal previsão fazia parte do projeto que resultou na Lei nº 9.882/99, em especial no inciso II do art. 2º, com o seguinte teor:

"Art. 2º. Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II – *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.*" (grifos nossos).

No entanto, como já tivemos a oportunidade de sublinhar, esse permissivo legal lamentavelmente foi vetado pelo Presidente da República, amparado em argumentos dos quais já se mencionou, com o que restou completamente desfigurada a essência e razão de ser da arguição incidental. Sim, porque a arguição incidental foi concebida para aparelhar a própria parte – autor, réu ou interveniente – que figura na causa que ensejou o incidente, de um mecanismo célere, capaz de levar ao conhecimento direto do Supremo Tribunal Federal uma questão constitucional, consistente numa lesão ou ameaça a preceito constitucional fundamental, por ato ou omissão do poder público que lhe é prejudicial, quando inexistam outros meios eficazes de sanar a lesividade, à semelhança do *Verfassungsbeschwerde* e do recurso de amparo.

Desse modo, como dificilmente os co-legitimados para a arguição direta ou autônoma se valerão da arguição incidental – exatamente porque eles podem lançar mão, com mais facilidade, da modalidade autônoma, que não se submete ao requisito da prévia demonstração de controvérsia constitucional relevante, a que esta se encontra sujeita –, a modalidade incidental de arguição não passará de uma bela peça figurativa a estampar ao direito comparado a engenhosidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Assim, tudo está a indicar que a legitimidade ativa da arguição autônoma não se coaduna à natureza da arguição incidental, de tal modo

395. WALD, Arnoldo. 'O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: www.planalto.gov.br).

396. Informativo STF nº 253, de 3 a 7 de dezembro de 2001.

que é possível defender-se a não extensão daquela legitimidade a esta modalidade de argüição. Mas, em face do veto presidencial, que fazer então?

Propõe-se uma interpretação conforme a Constituição – cujas normas não proíbem a legitimidade do cidadão, antes a estimulam –, do inciso I do art. 2º e de todo o art. 1º, da Lei nº 9.882/99, para circunscrever os legitimados arrolados no primeiro dos dispositivos à argüição direta ou autônoma prevista no *caput* do art. 1º, e admitir a legitimidade das partes envolvidas na controvérsia judicial da qual fala o inciso I, parágrafo único, do art. 1º, para a argüição incidental, que surgiu exatamente em decorrência desta controvérsia. Só assim, então, estaríamos compatibilizando as mencionadas disposições legais com a vontade constituinte de potencializar um instituto em defesa dos direitos fundamentais e abrir a tão enclausurada jurisdição constitucional concentrada ao acesso direto do cidadão, como ocorre em muitos países do além-mar, a exemplo da Espanha, Alemanha e Itália³⁹⁷.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ainda não refletiu adequadamente sobre o tema, porquanto vem procedendo a uma análise fria e assistemática do art. 2º da Lei nº 9.882/99, para recusar a legitimidade das partes envolvidas na controvérsia, ao manejo da argüição incidental, fechando o acesso do cidadão diretamente interessado na resolução da questão à jurisdição constitucional concentrada da Corte, com o que tem negado o trânsito de todas as argüições incidentais até então aforadas. A título de exemplo, das diversas argüições ajuizadas, 21 (vinte e uma) foram sumariamente extintas por ilegitimidade ativa³⁹⁸.

397. No sentido do texto, colhe-se na doutrina, a título ilustrativo, a posição de André Ramos Tavares, op. cit., p. 396-406; Lenio Luiz Streck, op. cit., p. 639-642; Maria Garcia, 'Argüição de Descumprimento: Direito do Cidadão. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)*, ano 8, n. 32, jul./set., 2000, p. 105 e, aparentemente, Celso Ribeiro Bastos, 'Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 80-81.

398. Foram as seguintes: ADPF 11/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 30.01.2001, DJU de 06.02.2001, p. 294; ADPF 19/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 04.10.2001, DJU de 11.10.2001, p. 23; ADPF 20/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15.10.2001, DJU de 22.10.2001, p. 10; ADPF 22/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 03.03.2004; ADPF 23/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 05.12.2001, DJU de 01.02.2002, p. 120; ADPF 27/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 19.03.2002, DJU de 01.04.2002, p. 03; ADPF 29/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 05.03.2002, DJU de 11.03.2002, p. 04; ADPF 30/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 15.03.2002, DJU de 26.03.2002, p. 39; ADPF 31/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15.03.2002, DJU de 01.04.2002, p. 03; ADPF 34/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.11.2002, DJU de 28.11.2002, p. 15, ADPF 38/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.03.2003, DJU de 21.03.2003, p. 74 e as ADPF's nºs. 42, 44, 48, 57, 58, 60, 61, 62, 69 e 75. O entendimento da Corte vem sendo reiterado, a partir da seguinte decisão proferida na ADPF Nº 11/SP, de lavra do em. Min. Carlos Velloso: "Vistos. Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, proposta por Fábio Monteiro de Barros Filho, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e na Lei 9.882/99, na qual requer "a intervenção do STF, na qualidade

Remanesce, porém, a expectativa de mudança de entendimento da Corte que venha alçar a argüição incidental ao seu verdadeiro *status* de mecanismo de defesa, prioritariamente, dos direitos subjetivos, reconhecendo a legitimidade ativa à parte interessada lesada ou ameaçada por ato do poder público.

11.6.2. Objeto

A argüição incidental, sem dúvida, também se destina à tutela dos preceitos constitucionais fundamentais, ameaçados ou lesados por ato do poder público. A questão que aqui se põe em pauta, contudo, diz respeito aos atos que podem sofrer a incidência fiscalizatória da argüição incidental, máxime em razão da aparente limitação que lhe infligiu o inciso I, parágrafo único, do art. 1º da Lei 9.882/99, segundo o qual a argüição incidental só será cabível quando houver controvérsia sobre lei ou ato normativo do poder público.

Examinando o tema, André Ramos Tavares³⁹⁹ reconhece que o legislador restringiu deliberadamente o objeto da argüição incidental, reprimindo o instituto exclusivamente ao controle das leis ou atos normativos, dele afastando os atos não normativos do poder público.

Não compartilhamos, todavia, das lições do ilustre autor. Estamos convencidos, ao contrário, que o inciso I, parágrafo único, do art. 1º e o *caput* do mesmo art. 1º, da Lei nº 9.882/99, devem ser interpretados conjuntamente, para que deles possa ser haurida uma única orientação no que tange aos atos sindicáveis, pois não teria sentido que a mesma ação, embora submetida a processamentos distintos (uma como ação direta ou autônoma e outra como ação incidental ou dependente), tivesse objeto diverso. Assim, apesar de cogitar-se de modalidades de argüição, de uma única ação se trata, volta-da, pois, a idêntico objeto.

de guardião da Constituição e do Estado de Direito, na forma da Lei 9.882, com a concessão de medida liminar" visando à "a) Suspensão do bloqueio de bens do requerente e suas empresas, para que possa desenvolver suas atividades, se necessário for para que o mesmo ofereça garantia real nos autos da ação civil pública proporcional a sua responsabilidade" (fls. 12/13), bem como "b) Suspender a sentença falimentar da CONSTRUTORA IKAL LTDA., até ao final da ação civil pública, em face da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente" (fl. 13). Autos conclusos nesta data. Decido. A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a proposição da argüição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da legitimatio ad causam ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se. Brasília, 30 de janeiro de 2001. Ministro Carlos Velloso" (DJU de 06.02.2001, p. 294).

399. Op. cit., p. 430.

Nesse passo, cremos que o legislador ordinário não “optou deliberadamente” por conferir alcance mais restrito à arguição incidental. Apenas optou por adotar, no inciso I, parágrafo único, do art. 1º, uma *fórmula explicativa* do que seja *ato do poder público*, referido genericamente no *caput* do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, razão pela qual se impõe afastar qualquer interpretação que almeje restringir os atos passíveis de aferição de constitucionalidade pela arguição incidental. Ademais, não se pode olvidar que a intenção do legislador ordinário sempre foi a de ampliar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, de modo a abranger, com a arguição, todas as impugnações excluídas da esfera do controle abstrato pela via da ação direta de inconstitucionalidade. Por conseguinte, não faz nenhum sentido excluir os atos não normativos da arguição incidental.

11.6.3. Controvérsia constitucional relevante

A Lei nº 9.882/99 condiciona a interposição da ADPF incidental e, por conseguinte, o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal das questões constitucionais discutidas num determinado caso concreto, quando estas se apresentarem relevantes, a ponto de merecer um antecipado, rápido e eficaz pronunciamento da Corte. Vale dizer, somente a prévia existência de um conflito que se traduza numa insegurança jurídica geral, cuja resolução imediata é de interesse público, justifica a instauração do processo constitucional pela via da arguição incidental, assegurando, desse modo, que a jurisdição constitucional da Corte não seja suscitada para apreciar questões de somenos importância, ou seja, irrelevantes.

Com isso, o legislador ordinário confere ao Supremo Tribunal Federal um considerável poder discricionário, à semelhança do que sucede com o *writ of certiorari* do direito norte-americano, que serve de verdadeiro “filtro”, que possibilita à Corte avaliar e selecionar as questões compreendidas por ela como efetivamente “relevantes”.

A exigência de relevância das questões debatidas, a condicionar a admissibilidade de certas medidas judiciais, não é algo novo no direito brasileiro. Sob a égide da Constituição de 1967, e por autorização desta⁴⁰⁰, o Supremo Tribunal Federal impunha a prévia existência de “relevância” para admitir o recurso extraordinário, com o que restringiu consideravelmente o trânsito

400. Consoante aduz José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 569, até a Constituição de 1988, “o Supremo Tribunal Federal estava autorizado a estabelecer, no seu Regimento Interno, requisitos suplementares de cabimento do recurso extraordinário (*vide*, na redação mais recente da Carta abrogada, o art. 119, § 1º)”. Tal possibilidade, contudo, assegura o autor, cessou com o advento da Constituição de 1988.

do apelo extremo. Sobre o conceito dessa “relevância”, o Regimento Interno da Corte dispunha que somente era relevante uma questão federal, quando houvesse significativos reflexos na ordem jurídica, considerados, ademais, os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa (RISTF, art. 327, § 1º). Daí se percebe que a relevância da questão teria que ser apreciada à luz de sua importância para o público em geral, e não somente para as partes envolvidas na causa. Portanto, tinha-se por relevante uma questão, se houvesse o interesse público na resolução da causa, haja vista que o deslinde da mesma interessa a todos coletivamente e não somente às partes individualmente⁴⁰¹.

Essas lições devem ser aplicadas na apreciação da relevância da controvérsia constitucional, para fins de autorizar o trânsito da arguição incidental. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal está legitimado a não conhecer da arguição incidental, quando o desate da controvérsia que a ensejou não for de interesse público ou geral, isto é, quando na hipótese concreta não existir uma necessidade pública de controle.

Deve-se deixar claro, entretanto, que o requisito da controvérsia constitucional relevante está limitado à arguição incidental, não se estendendo à arguição direta ou autônoma. Não teria sentido que se impusesse essa condição de admissibilidade à fiscalização abstrata autônoma, que não pode depender, ante a sua própria natureza, da prévia existência de qualquer controvérsia judicial, sob pena de restringir-se consideravelmente sua função de garantia ampla dos preceitos constitucionais fundamentais, circunstância, aliás, que dignificou sua inserção na órbita jurídico-constitucional brasileira. Pretender coarctar a arguição autônoma, criada à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade, só que para a defesa estrita dos preceitos fundamentais, é desejar introduzir indebitamente uma redução que o legislador não almejou. Desse modo, a interpretação conjunta a que se deve proceder do *caput* do art. 1º e do inciso I, parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que contemplam respectivamente a arguição direta ou autônoma e a arguição incidental, exige uma compreensão extensiva ou ampla do objeto dessas modalidades de arguição e uma compreensão restritiva dos requisitos de sua admissibilidade, uma vez que o propósito que sempre conduziu o legislador foi o de criar um mecanismo eficaz e abrangente de todas

401. Por força da EC 45/2004, foi acrescentado o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, segundo o qual o recorrente deverá demonstrar, no recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Confira-se, *in verbis*: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

as situações lesivas a preceitos fundamentais, e jamais limitado a certas situações.

Nessa ordem de idéias, se a condição da prévia existência de controvérsia constitucional relevante, que se apresenta como uma limitação ao manejo da arguição, foi fixada no inciso I, parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que disciplina a arguição incidental, ela fica adstrita tão-somente a esta modalidade de arguição, por cuidar-se de uma restrição, insista-se, ao acesso da jurisdição constitucional que visa garantir a supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais⁴⁰².

11.7. O caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O significado e alcance do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99

Sob inspiração dos direitos alemão e espanhol, que condicionam a propositura, respectivamente, do *Verfassungsbeschwerde* e do recurso de amparo ao prévio esgotamento das vias judiciais, o legislador brasileiro insculpiu a regra segundo a qual “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º).

Tal disposição consagra o caráter *subsidiário* da arguição de descumprimento de preceito fundamental no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em face do qual a arguição só pode ser admitida na hipótese de inexistir, no sistema jurídico, outro meio eficaz e célere capaz de sanar, completa, eficaz e definitivamente, a lesão a preceito constitucional fundamental. Essa regra, no entanto, deve ser compreendida adequadamente, sob pena de se esvaziar o instituto em pauta e incidir, via de consequência, em manifesta inconstitucionalidade.

Defende-se, neste trabalho, o caráter subsidiário exclusivamente da arguição incidental. Isso significa afiançar, noutros termos, que a regra da subsidiariedade tem incidência restrita, pois somente alcança a modalidade de arguição incidental, e mesmo assim, comportando exceções. Mas jamais alcança a arguição direta ou autônoma, como se analisa a seguir.

402. No sentido do texto, TAVARES, André Ramos. ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei’. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 74 (nota de rodapé nº 75). Contra: ROTHENBURG, Walter Claudius. op. cit., p. 204-207, para quem o requisito da relevância do fundamento da controvérsia constitucional aplica-se às duas modalidades de arguição (direta e incidental).

De feito, o legislador constituinte, ao consagrar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, buscou criar um instituto que servisse unicamente, e com exclusividade, aos preceitos constitucionais considerados os mais relevantes para o equilíbrio e subsistência do próprio sistema constitucional. Com isso, intentou afastar, a princípio, a titularidade dessa proteção, de outras ações especiais também previstas constitucionalmente como mecanismos de defesa da supremacia dos preceitos constitucionais, que passaram a ostentar, estas sim, a condição de ações reservas ou subsidiárias no sistema de defesa destes preceitos magnos.

Desse modo, o constituinte de 1988 deflagrou um *reposicionamento* entre as ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade, para reservar a titularidade da defesa dos preceitos constitucionais fundamentais à arguição de descumprimento, deixando a proteção das demais normas constitucionais para a já existente ação direta de inconstitucionalidade e a novel ação declaratória de constitucionalidade.

Por esse raciocínio, tem-se que a inserção da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, *afasta*, em princípio, o cabimento de qualquer outra ação que não a arguição, quando se tratar especificamente da tutela das normas constitucionais que encerrem os preceitos fundamentais. Tal assertiva encontra apoio nas lições de André Ramos Tavares, para quem a “arguição é cabível sempre, *absolutamente sempre*, quando houver violação de preceito constitucional fundamental”⁴⁰³, de tal modo que, nesta hipótese, operar-se-á a “exclusão das demais medidas existentes no sistema processual constitucional”⁴⁰⁴. Assim, segundo o autor,

“[...] não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação presete-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, o mais coerente e constitucionalmente admissível será para ela desviarem-se todos – insista-se uma vez mais – todos os casos de descumprimento de preceitos fundamentais da Constituição. É o que impõe a própria sistemática constitucional. Com essa estruturação a medida estaria, como se percebe, angariando parte do que, historicamente, tem pertencido à ação chamada genérica [...]”⁴⁰⁵

Relativamente à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, esclarece o autor que continuará havendo a interseção com a arguição, como antes havia entre ela (ação interventiva) e a ação direta de inconstitucionalidade

403. Op. cit., p. 233.

404. Op. cit., p. 234.

405. Op. cit., p. 235.

genérica. E assim será, porque a ação interventiva se destina à tutela dos princípios constitucionais sensíveis, considerados preceitos fundamentais para fins de cabimento da arguição de descumprimento. Reforça tal constatação a circunstância de que a ação interventiva visa à intervenção de uma entidade política nos negócios de outra entidade política, não se identificando, nesse aspecto, com a finalidade almejada na arguição de descumprimento. Daí a necessidade da preservação de ambas as ações, mesmo após o advento da arguição⁴⁰⁶.

Tudo isso está a indicar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental jamais foi relegada, pelo constituinte de 1988, a uma indigna e humilhante posição de ação secundária ou residual. A Constituição em hipótese alguma autoriza essa interpretação, sobretudo quando temos consciência de que a arguição foi originada da mesma fonte – poder constituinte originário – da qual resultou a ação direta de inconstitucionalidade, e nem por isso se onerou esta última da pecha de ação subsidiária. Porque então esse tratamento com a arguição? E por que não também com a ação declaratória de constitucionalidade, que foi originada, inclusive, a partir de mera reforma constitucional implementada pela EC nº 03/93? Não há, assim, argumento jurídico que sustente, validamente, à luz do texto constitucional, a prevalência de um instituto sobre o outro⁴⁰⁷.

A arguição de descumprimento, destarte, segundo entendemos e defendemos, ocupa uma posição de principalidade no sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade, na medida que foi instituída para a defesa, com exclusividade, dos preceitos constitucionais fundamentais.

Por essa perspectiva, não poderia o legislador ordinário rebaixá-la de sua posição cardeal no sistema de defesa dos preceitos fundamentais, para lhe emprestar um caráter meramente subsidiário. Poder-se-ia até supor que o intento originário do legislador ordinário era tão-somente suprir, com a

arguição, os espaços vazios não preenchidos pela ação direta de inconstitucionalidade⁴⁰⁸. Mas a tanto não dá azo a Constituição. Com André Ramos Tavares, concordamos que:

"A arguição (...) não é instituto com caráter 'residual' em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a arguição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações"⁴⁰⁹.

Sem embargo dessas considerações, cremos que outro deve ser o entendimento em relação à arguição interposta como um incidente de um processo concreto. E assim acreditamos porque, nesse caso, o legislador ordinário conferiu à arguição um processamento extraordinário, em virtude do qual se permite o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de questões constitucionais relevantes, ainda discutidas pelas partes numa demanda em curso nas instâncias judiciais ordinárias.

Razão por que é de se ter presente, para a modalidade específica da arguição incidental, o caráter subsidiário, nos mesmos moldes, aliás, dos institutos do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol, que lhe serviram de inspiração. A não ser assim, estar-se-ia alçando o Supremo Tribunal Federal a uma Corte de 3ª instância ou de supercassação das decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias. De conseqüência, existindo, nas instâncias ordinárias, meio eficaz para afastar, pronta e definitivamente, a lesão a preceito fundamental, não se admitirá a arguição incidental. Mas assevere-se que não basta existir, teoricamente, o meio eficaz, pois é indispensável que ele, necessariamente, se apresente, no caso concreto, eficaz, a ponto de afastar imediatamente a lesão combatida⁴¹⁰. Vale di-

408. Como caber a arguição somente nos casos em que não se admitisse a ação direta de inconstitucionalidade, v. g.: (1) contra atos não normativos; (2) contra atos municipais contestados em face da Constituição Federal e (3) contra atos anteriores à Constituição.

409. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei'. In: André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 45.

410. O Supremo Tribunal Federal parece haver adotado esse ponto de vista, consoante se pode conferir na ADPF nº 17-AP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.09.2001, DJU de 28.09.2001, p. 64: "A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental". Esse também é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora. In:

406. Op. cit., mesma página. A propósito do tema, CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 138, já se pronunciava, em lições que se aplicam aqui, para a arguição de descumprimento, pela possibilidade de proposição da Adin genérica no lugar da Adin interventiva, quando o controle tivesse por objeto ato normativo. Vejamos o que dizia o ilustre autor: "Afim, tratando-se de ato normativo, por que o Procurador-Geral da República iria propor a ação direta interventiva, no caso de violação de princípio constitucional sensível, cuja decisão judicial não faz mais do que autorizar a decretação de intervenção, se pode, desde logo, ajuizar ação direta genérica cuja decisão, após passada em julgado, nulifica, com eficácia *erga omnes*, o ato impugnado, prescindido de qualquer atividade do Presidente da República ou do Senado? Afim, o Constituinte não atribuiu à ação direta interventiva o monopólio da proteção dos princípios constitucionais sensíveis. Também a ação direta genérica de inconstitucionalidade presta-se, e com vantagem, para promover a defesa dos princípios constitucionais em questão".

407. Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 238.

zer, não basta o cabimento do mandado de segurança ou da ação popular, se nestes *writs* não for concedida a medida liminar suficiente a sanar, de logo, a lesividade do preceito fundamental.

Todavia, ainda que existam outros meios eficazes hauridos quer no âmbito do controle *difuso-incidental*, quer no âmbito do controle *concentrado-principal*, cumpre excepcionar essa regra para admitir, desde logo, a arguição incidental, sem prévio esgotamento daqueles instrumentos processuais, se a questão é de significado geral, transcendendo, portanto, aos meros interesses concretos e individuais, por mais que relevantes, das partes do processo que ensejou a ação incidental de arguição. Essa é a orientação, aliás, que prevalece na Alemanha relativamente ao *Verfassungsbeschwerde*⁴¹¹, que também se sujeita à subsidiariedade aqui examinada⁴¹². Suponha-se uma ação civil pública aforada em face de um grande empreendimento industrial onde se controverta acerca da aplicação de uma lei que dispensa a exigência de estudos de impacto ambiental (EIA). A decisão que porventura determine a incidência da lei está, a nosso sentir, desde logo sujeita à arguição incidental, em razão da incomensurável repercussão que causará, não só naquela ação coletiva, como em toda ordem jurídica, circunstância que está a encarecer uma pronta e direta manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes, a propósito do tema, tem admitido a subsidiariedade da arguição, em ambas as modalidades, porém limitada à existência de meios eficazes constantes exclusivamente no âmbito do controle abstrato

André Ramos Tavares; Walter Claudius Rothenburg (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, op. cit., p. 84: "A possível subsidiariedade da medida da arguição deve ser compreendida de maneira a não nulificar este novo instituto. Este terá incidência nos casos em que a celeridade dos meios existentes não refletir a desejável correlata efetividade destes. (...) É necessário, pois, impedir que se mantenha a orientação redutora da arguição, cujo desenho constitucional e fórmula legalmente estabelecida estão a exigir maior amplitude e efetividade para o instituto".

411. Dispõe, efetivamente, o § 90, n. 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão: "Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial".

412. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 272: "Segundo o § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, deve, antes da interposição de um recurso constitucional, ser esgotada regularmente a via judicial. Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente, ganha significado crescente. Segundo isso, um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal".

de constitucionalidade, haja vista o caráter marcadamente objetivo da arguição. Assim, segundo o autor,

"(...) tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de *meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata*, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental".⁴¹³ (*grifado no original*).

Nesse contexto de acentuado perfil objetivo da arguição de descumprimento, o autor sustenta a inexistência de qualquer relação de subsidiariedade entre a arguição e as formas ordinárias ou convencionais de provocar o controle de constitucionalidade do sistema difuso⁴¹⁴.

Não nos convencemos, contudo, do acerto das lições do eminente autor. Primeiro, porque suas considerações são abrangentes das duas modalidades de arguição de descumprimento, circunstância que as tornam inconciliáveis com o entendimento por nós acima firmado. Segundo, porquanto a arguição incidental, apesar de inegavelmente exercer um importante papel na ordem jurídica global (caráter objetivo), foi concebida, a princípio, como mecanismo de tutela dos preceitos fundamentais em face de situações subjetivas individuais (caráter subjetivo). E porque assim o é, nessa modalidade a subsidiariedade pode ser aferida em face dos mecanismos ordinários do controle difuso (vale dizer, em face de qualquer ação judicial, notadamente, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular, etc), desde que se revelem efetivamente aptos a sanar a lesão a preceito fundamental. No entanto, como já sublinhado, em consequência de seu caráter também objetivo, a subsidiariedade da arguição incidental é afastada quando houver um interesse geral na solução da questão constitucional, em que pese suscitada de um caso concreto. Mas mesmo neste caso, ainda se diverge do autor, haja vista que se pretende aqui afastar, integralmente, o caráter subsidiário da

413. 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 13, jun./2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).

414. *Ibidem*. Não foi esse, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal esposado na ADPF nº 3-CE (QO), Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.05.2000, DJU de 02.06.2000, segundo o qual o outro meio eficaz de sanar a lesividade pode ser garimpado também no controle incidental-difuso, ou seja, em qualquer ação ou recurso, notadamente o extraordinário.

arguição incidental, que fica circunscrito aos casos de existir somente interesse individual, ainda que relevante.

Do exposto, a regra do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 deve ser interpretada conforme a Constituição – faz-se aqui também o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição – para dela excluir totalmente a arguição direta ou autônoma e restringi-la à modalidade de arguição incidental, limitada, porém, aos casos de haver somente interesse individual na solução da questão constitucional. *A não ser assim, a regra legal da subsidiariedade deve ser reputada inconstitucional, por desmedida restrição a uma ação constitucional de defesa da supremacia dos preceitos magnos da Constituição, concebida a partir da vontade soberana do poder constituinte.*

O Supremo Tribunal Federal, todavia, vem acolhendo indiscriminadamente a norma da subsidiariedade, deixando de conhecer várias arguições já interpostas, sob o fundamento de existência de outros meios eficazes, quer no âmbito do controle difuso, quer no terreno do controle concentrado⁴¹⁵. O entendimento da Corte vem sendo expandido na consonância da seguinte decisão, de lavra do Min. Celso de Mello:

“O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional. – A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente,

415. Foram as seguintes: ADPF 03/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.05.2000, DJU de 02.06.2000; ADPF 12/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20.03.2001, DJU de 26.03.2001, p. 03; ADPF 13/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 29.03.2001, DJU de 05.04.2001, p. 04; ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.09.2001, DJU de 28.09.2001, p. 64; ADPF 18/CE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 24.09.2001, DJU de 02.10.2001, p. 36, ADPF 39/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26.02.2003, DJU de 06.03.2003, p. 83 e as ADPF's nºs. 56, 63, 65, 66, 76, 78, 84 e 85.

a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado”.⁴¹⁶

Em decisão anterior, na mesma arguição em que se lançou o pronunciamento acima, o Min. Celso de Mello, tecendo maiores considerações a respeito do caráter subsidiário da arguição de descumprimento, deixou assentado o seguinte:

“(…) o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público”.⁴¹⁷

Não obstante tente a Corte esforçar-se para evitar um total esvaziamento da arguição, em decorrência da aplicação inadequada e indiscriminada da regra da subsidiariedade, a verdade é que o novel instituto está fadado ao absoluto insucesso, se não for compreendido corretamente o significado e o alcance da norma constante do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 e, conseqüentemente, não lhe emprestar uma interpretação conforme a Constituição, tal como acima proposta. Assim, a sorte da arguição de descumprimento irá depender de uma interpretação adequada do significado e alcance da subsidiariedade prevista naquele dispositivo, uma interpretação que não pode ser, evidentemente, de cunho rigorosamente literal, sob pena de ser cancelada toda virtude que o instituto apresenta.

Entretanto, forçoso é reconhecer que o STF persistirá em seu entendimento de que a ADPF está gravada com a cláusula da subsidiariedade que o legislador ordinário lhe destinou, de tal sorte que não se admitirá a arguição quando for cabível outra ação ou recurso capaz de sanar a lesão a preceito fundamental. Contudo, segundo o próprio STF, a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, não basta, só por si, para justificar

416. AgReg na ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello.

417. ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.09.2001, DJU de 28.09.2001, p. 64.

a invocação da subsidiariedade, pois, para que essa cláusula possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional.

Cresce-se, ademais, uma tendência no STF de que a subsidiariedade da ADPF só impede a propositura desta ação constitucional quando cabível outra ação direta a suscitar a fiscalização objetiva e concentrada da Suprema Corte em defesa dos preceitos fundamentais da Constituição.⁴¹⁸

12. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

12.1. Considerações gerais

O controle de constitucionalidade no plano estadual compreende o controle *difuso-incidental* e o controle *concentrado-principal*.

No controle difuso-incidental, tanto os juízes como os tribunais estaduais podem examinar, *à luz de um caso concreto*, a validade constitucional de qualquer ato ou lei, com o propósito de julgar alguma ação ou recurso.

Já no controle concentrado-principal, somente os tribunais estaduais podem aferir, *abstratamente*, a validade de uma lei ou ato normativo municipal ou estadual em face de qualquer norma da Constituição estadual, quando do julgamento das ações diretas.

12.2. O Controle de constitucionalidade difuso-incidental nos Estados

Qualquer juiz ou tribunal estadual pode exercer, em face de um caso concreto, o controle de constitucionalidade e declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal, estadual ou federal quando confrontado com a Constituição Federal. Ademais, também pode o juiz ou tribunal estadual declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal ou estadual quando contestado com a Constituição do próprio Estado.

Sublinhe-se, assim, que no controle de constitucionalidade pela via incidental ou concreta (ou por via de exceção ou defesa), os juízes e tribunais

418. Na ADPF nº 54, pode-se extrair do voto do em. Min. Joaquim Barbosa o seguinte entendimento: "Como a arguição de descumprimento de preceito fundamental figura entre os procedimentos de cunho objetivo do nosso complexo sistema de jurisdição constitucional, creio que o teste da subsidiariedade há de ser aferido entre os demais processos objetivos desse sistema (...)."

estaduais podem exercer, simultaneamente, a *jurisdição constitucional federal* (em defesa da Constituição Federal) e a *jurisdição constitucional estadual* (em defesa da própria Constituição do Estado correspondente).

A questão é simples. No controle difuso-incidental de constitucionalidade, os juízes e tribunais estaduais exercem uma jurisdição constitucional em defesa da Constituição Federal, sempre que afastam a incidência de alguma norma (municipal, estadual ou federal) que contraria a Carta Magna; mas também desempenham uma jurisdição constitucional em defesa da Constituição do próprio Estado, quando recusam a validade de alguma norma municipal ou estadual (jamais federal) que viola a respectiva Carta Estadual. Cumpre advertir não existe a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei federal em face da Constituição do Estado. Isso porque, não há falar, nesta situação, de hierarquia, que é o pressuposto lógico e natural do controle de constitucionalidade, mas apenas de repartição constitucional de competência. Ora, se uma matéria é de competência constitucional-legislativa dos Estados, lei federal jamais poderá sobre ela dispor, sob pena de violar a própria Constituição Federal. Do contrário, se é de competência constitucional-legislativa da União, a Constituição do Estado está interdita a discipliná-la, sob pena de também ofender a Carta Federal. Assim, numa ou noutra hipótese, é a Constituição Federal que será violada, de modo que o controle será realizado levando em conta a Carta Federal, seja porque a lei federal ofendeu-a ao usurpar a competência constitucional-legislativa do Estado, seja em razão de a Constituição do Estado tê-la ferido ao usurpar a competência constitucional-legislativa da União.

Relativamente ao *modo* de se realizar o controle de constitucionalidade, impõe-se distinguir o controle exercido pelo juiz do controle desempenhado pelos tribunais. Quando o controle incidental for provocado perante o juiz, não há procedimento específico a observar. A questão constitucional será suscitada – como todas as demais questões prejudiciais de mérito (ilegalidade, direito intertemporal, prescrição, decadência, etc.) que surgem no processo concreto – como fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem.

Todavia, quando argüida perante tribunal, forçoso observar a regra constitucional da *reserva do plenário* (cláusula constitucional do *full bench*) prevista no art. 97 da Carta Magna, segunda a qual "*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*". Isto é, nos tribunais, a declaração de *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo do poder público – que evidentemente afastará a presunção de constitucionalidade que milita em favor da lei e

do ato normativo – somente será pronunciada pelo *plenário* do tribunal ou, onde houver, pelo *órgão especial* (que passa a exercer, onde for criado, as funções do plenário), jamais pelos órgãos fracionários da corte, sob pena de nulidade do julgamento⁴¹⁹. O Código de Processo Civil, em especial nos arts. 480 e 482, em harmonia com o art. 97 da Constituição, fixa o procedimento a ser observado. Efetivamente, suscitada a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, em qualquer processo concreto de competência originária ou recursal, o relator do processo no tribunal, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento da causa. Se a arguição for rejeitada, o julgamento prosseguirá. Por outro lado, se acolhida, o que poderá ser por maioria simples, será lavrado o acórdão, a fim de ser a questão submetida ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

Sublinhe-se que, em decorrência dos §§ 1º e 2º do art. 482, acrescentados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Ministério Público, as entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e os legitimados arrolados no art. 103 da Constituição Federal, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade em curso perante os tribunais, no prazo fixado no Regimento Interno. Além disso, em face do novo § 3º do art. 482, também acrescentado pela Lei nº 9.868/99, o relator poderá admitir, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades no incidente de inconstitucionalidade. Referido preceito representa a consagração, no direito positivo brasileiro, do *amicus curiae*, que é um instituto do direito norte-americano acolhido para conferir um caráter democrático e pluralista ao processo incidental de controle de constitucionalidade em curso junto aos Tribunais⁴²⁰.

Não há negar que, com a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC, pretendeu-se emprestar um caráter de *concentração* e *objetivação* ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos tribunais.

Enfim, decidida a *vexata* pelo plenário do tribunal ou pelo órgão especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara – que estará vinculada aos termos daquele julgamento – para finalmente resolver a respeito da pretensão deduzida. Ocorre, assim, uma *divisão funcional de competência* entre o plenário (ou órgão especial) e o órgão fracionário (turma ou câmara), tocando àquele a competência para decidir sobre o *incidente* da inconstitucionalidade da lei ou ato questionado e a este deliberar, à vista do que houver definido o plenário, a respeito da causa. A decisão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível⁴²¹. O Supremo Tribunal Federal tem exigido que a parte junte ao eventual recurso extraordinário interposto contra a decisão do órgão fracionário, sob pena de não conhecê-lo, cópia daquela decisão plenária, pois “a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede – ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual – que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada”.⁴²²

Chame-se a atenção para o fato de que se o acórdão decide pela *não-recepção* de lei anterior em face da Constituição em vigor, não se lhe impõe a regra da reserva do plenário, ante a inoccorrência de declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso, é possível o reconhecimento, por órgão fracionário do tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional, precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade, mas, sim, o de simples revogação de diploma pré-constitucional⁴²³.

419. STF, AI 591.373-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-9-07, DJ de 11-10-07: “Agravado de instrumento – Sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada – COFINS – Modalidade de contribuição social – Discussão em torno da possibilidade constitucional de isenção outorgada por Lei Complementar (LC n. 70/91) ser revogada por mera lei ordinária (Lei n. 9.430/96) – Exame da questão concernente às relações entre a lei complementar e a lei ordinária – Existência de matéria constitucional – Questão prejudicial de constitucionalidade (CPC, arts. 480 a 482) – Postulado da reserva de plenário (CF, art. 97) – Inobservância, na espécie, da cláusula constitucional do *full bench* – Consequente nulidade do julgamento efetuado por órgão meramente fracionário – Recurso de agravo improvido. Declaração de inconstitucionalidade e postulado da reserva de plenário. A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Doutrina. Jurisprudência.

420. Anota Gilmar Ferreira Mendes que as providências previstas nos §§ 1º, 2º e 3º desse art. 482 “conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim,

a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 375).

421. Nesse sentido dispõe a súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. Também dispõe a súmula nº 293 do STF: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”. À semelhança desta última, reza a súmula nº 455 do STF: “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”.

422. AgRegRE nº 158.540-4, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.05.1997, p. 21.375. Pela jurisprudência do STF não basta a transcrição da decisão do plenário ou órgão especial, nem a juntada do voto condutor do acórdão, sendo indispensável, pois, a juntada do próprio acórdão para se aferir a motivação da decisão recorrida com respeito ao incidente de inconstitucionalidade.

423. STF, AI 582.280 AgR, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-06, DJ de 6-11-06: “Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, das decisões proferidas pelos juízes e tribunais estaduais, em única ou em última instância, no controle difuso-incidental de constitucionalidade, cabe o *Recurso Extraordinário* para o Supremo Tribunal Federal, sempre que a decisão recorrida: a) *contrariar dispositivo da Constituição Federal*; b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*⁴²⁴; c) *julgar válida lei ou ato de governo local (lei ou ato municipal ou estadual) contestado em face da Constituição Federal*; e d) *julgar válida lei local (lei municipal ou estadual) contestada em face de lei federal*.

As decisões proferidas pelos juízes e tribunais estaduais no controle difuso-incidental também operam eficácia *inter partes*, limitando-se a reconhecer a inconstitucionalidade da lei para o caso. Todavia, seguindo o modelo federal, as Constituições estaduais também criaram expediente próprio visando a suspensão da execução do ato normativo estadual ou municipal declarado inconstitucional em face da Constituição estadual, por decisão definitiva do Tribunal de Justiça do Estado. Algumas Constituições estaduais atribuíram a competência para suspender a execução do ato normativo – seja ele estadual ou municipal – às Assembléias Legislativas⁴²⁵; outras concederam competência às Assembléias Legislativas e às Câmaras de Vereadores, conforme seja o ato normativo a ser suspenso, estadual ou municipal⁴²⁶.

(RTJ 82/44 – RTJ 99/544 – RTJ 124/415 – RTJ 135/32 – RT 179/922 – RT 208/197 – RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei n. 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 – RTJ 169/763). Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de qualquer juízo de inconstitucionalidade) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 – RTJ 95/993 – RTJ 99/544 – RTJ 143/355 – RTJ 145/339, v.g.).

424. STF, RE 289.533-AgrR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 26-10-04, DJ de 11-2-05: “Ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal têm firmado orientação no sentido de que não é cabível recurso extraordinário interposto na forma da alínea b, inciso III, do art. 102, da Magna Carta, contra acórdão que decide pela não-recepção de lei em face da Constituição em vigor, ante a inocorrência de declaração de inconstitucionalidade. Precedentes: RE 402.287-AgrR, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 210.912, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e RE 250.545-AgrR, Rel. Min. Maurício Corrêa.”

425. Na Bahia, o art. 71, inciso XXVII, da Constituição do Estado: “Art. 71. Além de outros casos previstos nesta Constituição, compete privativamente à Assembléia Legislativa: (...) XXVII - suspender a eficácia de ato normativo estadual ou municipal declarado inconstitucional em face desta Constituição, por decisão definitiva do Tribunal de Justiça do Estado”.

426. No Paraná, o art. 54, XXV e art. 113, da Constituição do Estado: “Art. 54. Compete, privativamente, à Assembléia Legislativa: (...) XXV - suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo estadual declarado inconstitucional por decisão irrecurável do Tribunal competente.” “Art. 113. Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para suspensão da execução da lei ou ato impugnado”.

12.3. O Controle de constitucionalidade concentrado-principal nos Estados

Aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal competem, com exclusividade, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo *estadual* ou *municipal* em face da *Constituição Estadual*; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) de medida para tornar efetiva norma da Constituição Estadual; a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva), visando à intervenção dos Estados nos seus Municípios para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados nas respectivas Constituições estaduais; a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo estadual questionado em face da Constituição do Estado e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) decorrente da Constituição Estadual.

Tal situação decorre do modelo de organização política do Estado brasileiro. Como o Brasil é uma Federação, cuja organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (CF/88, art. 18), além da Constituição Federal (Constituição da Federação), existem as Constituições dos Estados-membros (fruto do poder constituinte decorrente dos Estados, em razão do art. 25 da CF e do art. 11 do ADCT da CF). Por isso mesmo, a Constituição Federal, no art. 125, § 2º, autoriza aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Desse modo, assim como cumpre a Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal e, em consequência, julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, é intuitivo e lógico que cabem aos Tribunais de Justiça dos Estados a guarda das Constituições dos respectivos Estados-membros e, conseqüentemente, julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

De observar-se, por conseguinte, que tanto o Supremo Tribunal Federal como os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são competentes para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *estadual*. Entretanto, quando as leis ou atos normativos estaduais forem contestados em face da Constituição Federal, a competência para apreciá-los será exclusivamente do STF; já quando contestados em face da Constituição do Estado, a competência será dos Tribunais de Justiça.

Questão polêmica refere-se à competência para o julgamento de ação direta que impugna lei ou ato normativo estadual em face de uma norma

da Constituição Estadual que *repete* norma da Constituição Federal. Para a solução da *vexata*, cumpre verificar se a norma da Constituição do Estado cuida de "norma de reprodução" ou de "norma de imitação", na criativa distinção que faz RAUL MACHADO HORTA⁴²⁷. De feito, se se tratar de "norma de reprodução", isto é, aquela que repete na Constituição Estadual norma da Constituição Federal que o Estado está obrigado a observar, independentemente de sua previsão ou não na Constituição Estadual (Ex.: arts. 34, VII; 35; 145 e 150 da CF/88), a solução adequada seria aquela que apontasse para a competência do STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual que a violasse, porquanto se trata de genuína norma constitucional federal. Porém, se se cuidar de "norma de imitação", ou seja, aquela que o Estado repete em sua Constituição com teor idêntico à norma da Constituição Federal, o que o faz no gozo de sua autonomia política, pois poderia, inclusive, não observá-la, a resolução apropriada seria a que definisse a competência dos Tribunais de Justiça, uma vez que a norma repetida se trata de autêntica norma constitucional estadual.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, encontrou solução diversa. Admitiu a competência dos Tribunais de Justiça em ambas as hipóteses, desde que o parâmetro do controle seja a Constituição do Estado⁴²⁸ e com o seguinte diferencial: em relação às "normas de reprodução", da decisão dos Tribunais de Justiça cabe recurso extraordinário para exame pelo Supremo Tribunal⁴²⁹; já de referência às "normas de imitação", a decisão dos Tribunais de Justiça é irrecurável⁴³⁰.

427. 'Poder Constituinte do estado-membro'. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 88:5-17, 1988.

428. STF, RE 199.293, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-5-04, DJ de 6-8-04: "Competência - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal contestada em face da Carta do Estado, no que repete preceito da Constituição Federal. O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação n. 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação n. 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente."

429. Nessa hipótese, a decisão do STF fará coisa julgada *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado, ainda que a via do RE seja própria do controle difuso (RE 187.142-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 02.10.98 e RE 199281-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.11.98).

430. Recl 383-3-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21.05.93, p. 09765: "EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma

Contudo, se estiverem tramitando, simultaneamente, duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei ou ato normativo estadual lesivo a norma de reprodução obrigatória, tem o STF fixado a sua competência para suspender o curso da ação direta proposta junto ao Tribunal de Justiça, até o julgamento final da ação direta intentada perante a Corte, não se cogitando, na espécie, de litispendência ou continência.⁴³¹ Nesse caso, declarada pelo STF a *inconstitucionalidade* da lei ou do ato normativo estadual, a ADI estadual *perde o seu objeto*, uma vez que a lei ou ato estadual deixa de ter eficácia no Estado⁴³². Todavia, se o STF declara a *constitucionalidade* da lei ou do ato normativo estadual perante a Constituição Federal, a ADI estadual poderá prosseguir, a fim de que o tribunal local examine a lei ou o ato normativo estadual em face da Constituição Estadual, podendo até pronunciar a sua inconstitucionalidade em vista da Carta Estadual, mas por fundamento distinto daquele utilizado pela Suprema Corte.

Se o tribunal estadual declara a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Estadual, em decisão que transitou em julgado, cumpre indagar se o STF poderá, em ADI posterior perante ele proposta, declarar a mesma lei ou ato estadual inconstitucional ante a Carta Magna. A resposta só pode ser afirmativa, pois a coisa julgada estadual jamais prevalecerá diante do STF, que é o intérprete maior e último da Constituição Federal. A decisão posterior do STF é que preponderará sobre a decisão do tribunal local, ainda que transitada em julgado, de modo que a lei ou o ato normativo estadual deixa de ter eficácia no Estado.

constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente". No mesmo sentido: RE 0170173, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 11.12.98, p. 00010; RE 0175129, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 26.02.99, p. 00016 e RE 0171343, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 04.06.99, p. 00018. Neste último RE, ficou assentado o seguinte: "EMENTA: Recurso extraordinário. O Plenário desta Corte, a partir do julgamento da Reclamação 383, firmou o entendimento de que compete ao Tribunal de Justiça estadual julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal impugnada em face de dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que o Tribunal *a quo*, afastada a preliminar que o levou a extinguir o processo, prossiga no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em causa, como entender de direito".

431. ADinMca 1423-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22.11.96.

432. STF, Pet 2.701-Agr, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-10-93, DJ de 19-3-04: "Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal. Propositura simultânea de ADI contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça. Suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva desta Corte. Precedentes. Declaração de inconstitucionalidade, por esta Corte, de artigos da lei estadual. Arguição pertinente à mesma norma requerida perante a Corte estadual. Perda de objeto."

Esclareça-se, ademais, que, em relação às leis ou atos normativos municipais contestados em face da Constituição federal, não há controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade⁴³³, nem nos tribunais locais, nem no STF, embora possa haver por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, quando a lei ou ato normativo municipal for contestado em face de norma da Constituição Estadual *repetida* da Constituição Federal por força de reprodução obrigatória, cumpre ao Tribunal de Justiça do Estado o julgamento da ADI, com recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal⁴³⁴. Mas é importante esclarecer que o Tribunal de Justiça só pode realizar a fiscalização abstrata em tela, tendo como paradigma de confronto, exclusivamente, a norma da Constituição do Estado (a *norma repetida*), *jamaís a norma da própria Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal*⁴³⁵. Vale dizer, não poderá a Corte

433. STF, ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-10-06, DJ de 20-9-06: "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal." No mesmo sentido: RE 421.256, Rel. Min. Ricardo Lwadowiski, julgamento em 26-9-06, DJ de 24-11-06.

434. Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/05/93: "Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-Membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta."

435. STF, Rcl 3436 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01.08.2005: "FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE (CF, ART. 125, § 2º). PARÂMETRO ÚNICO DE CONTROLE: A CONSTITUIÇÃO DO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO OU, QUANDO FOR O CASO, A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, TRATANDO-SE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL "IN ABSTRACTO" DO ESTADO-MEMBRO (OU DO DISTRITO FEDERAL), DE ERIGIR-SE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA À CONDIÇÃO DE PARADIGMA DE CONFRONTO. A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO FORMAL, AO TEXTO DA CARTA LOCAL, DE NORMAS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. "ESTADUALIZAÇÃO", NESSA HIPÓTESE, DE TAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS, NÃO OBSTANTE O SEU MÁXIMO COEFICIENTE DE FEDERALIDADE. LEGITIMIDADE DESSE PROCEDIMENTO. HIPÓTESE EM QUE AS NORMAS "ESTADUALIZADAS" PODERÃO SER CONSIDERADAS COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO, PARA OS FINS DO ART. 125, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA QUE IMPUGNA, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DIPLOMA NORMATIVO LOCAL, CONTESTANDO-O, EM TESE, EM FACE DE NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, AO JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA, DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA LEI DISTRITAL (LEI Nº 2.721/2001), CONSIDERANDO-A INCOMPATÍVEL COM NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DA

Estadual declarar a inconstitucionalidade tomando como parâmetro de controle a Constituição Federal.

Por fim, vale ressaltar que o § 2º do art. 125, da Constituição Federal, ao autorizar os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedou a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Assim, podem os Estados atribuir a qualquer órgão, entidade ou autoridade a legitimidade ativa ad causam para a propositura das ações diretas perante os tribunais locais, vedando-se-lhes apenas a instituição de legitimado único⁴³⁶.

RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA." Grifos nossos. Segundo o eminente relator, "O que se revela essencial reconhecer, em tema de controle abstrato de constitucionalidade, quando instaurado perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal e Territórios, é que o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para esse específico efeito, é, somente, a Constituição estadual ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal, jamais, porém, a própria Constituição da República." No mesmo sentido, RE 421256/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJ 24-11-2006, P-00076: "CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. II - Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. III - Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual".

436. STF, RE 261.677, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6-4-06, DJ de 15-9-06: "Legitimação ativa de Deputado Estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade de normas locais em face da Constituição do Estado, à vista do art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Precedente: ADI 558-9 MC, Pertence, DJ 26/03/93."

CAPÍTULO VIII

HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Sumário • 1. Antecedentes do constitucionalismo brasileiro – 2. A Constituição de 1824 – 3. A Constituição de 1891: 3.1. A instalação da Primeira República; 3.2. Traços gerais da Constituição de 1891 – 4. A Constituição de 1934: 4.1. A Revolução de 1930; 4.2. Traços gerais da Constituição de 1934 – 5. A Constituição de 1937: 5.1. O Estado Novo; 5.2. Traços gerais da Constituição de 1937 – 6. A Constituição de 1946 – 7. A Constituição de 1967: 7.1. A Revolução de 1964; 7.2. Traços gerais da Constituição de 1967 – 8. A Constituição de 1969 (EC nº 01/69) – 9. A Constituição de 1988: 9.1. Antecedentes; 9.2. Traços gerais e estrutura da Constituição de 1988.

1. ANTECEDENTES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como colônia de Portugal, o Brasil experimentou distintas formas de organização política e administrativa. Inicialmente, surgiram as chamadas *feitorias* (1501-1532), enquanto núcleos políticos onde imperava a vontade do feitor.

Em seguida, sobreveio o período das capitanias (1532-1549), com a organização das chamadas *capitanias hereditárias*, que consistiu num sistema de divisão do território brasileiro em doze porções diferentes, concedidas pelo Rei de Portugal – através de *Cartas de Doação* – a seus súditos ricos e graduados, que passariam a ser chamados de *donatários*, para colonizá-las com poderes quase absolutos.

As capitanias se organizavam sem qualquer relação umas com as outras, sem interpenetração política, proporcionando uma dispersão do poder.

Posteriormente, adota-se o sistema de *governadores-gerais* (1549-1572) visando conferir uma certa unidade na organização política colonial. O primeiro Governador-Geral nomeado foi Tomé de Sousa, que chegou ao Brasil de posse de um documento político denominado *Regimento do Governador-Geral*. Esse documento revestiu-se de singular importância para o constitucionalismo brasileiro, devido a sua finalidade de organizar o regime colonial e as instituições políticas da época, não faltando quem o apontasse como a primeira Constituição do Brasil.

Em 1621, a colônia é dividida em dois Estados: o *Estado do Brasil* (que compreendia todas as capitanias que se estendiam desde o Rio Grande do Norte até São Vicente, ao Sul) e o *Estado do Maranhão* (que abrangeu as capitanias do Ceará até o extremo norte). O Governo-Geral divide-se, assim, em Governos regionais (*Estado do Brasil* e *Estado do Maranhão*) e estes em

várias capitanias gerais, das quais decorreram as capitanias secundárias, que se tornaram posteriormente centros autônomos locais.

Nesses centos locais, onde era intensa a exploração agrícola, surgiram as organizações municipais, com a criação do Senado da Câmara ou Câmara Municipal, que correspondia ao órgão do poder local, exercendo a administração local e influenciando na vida política da capitania.

Mas a fase monárquica no Brasil se inicia com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, com a instalação da Corte no Rio de Janeiro. Em 1815, o Brasil é elevado à categoria de *Reino Unido* a Portugal, encerrando-se o sistema colonial e o monopólio da Metrópole.

Na sequência, em 07 de setembro de 1822, foi proclamada a Independência do Brasil, com a consolidação do Estado brasileiro sob a forma de governo imperial que assim continuou até 15 de novembro de 1889.

Com a independência, surge a necessidade de montar uma estrutura política no País que, inspirada no liberalismo, conseguisse reunir a idéia de construir uma unidade nacional com a organização de um poder centralizador que freasse os poderes regionais e locais e a pretensão de assegurar os direitos individuais e um sistema de divisão de poderes.

Essa estrutura foi consagrada com a elaboração da primeira Constituição do País, de 25 de março de 1824.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Ainda nem tinha sido proclamada a independência, o príncipe-regente D. Pedro já havia convocado, em 23 de junho de 1822, uma Assembléia Constituinte, que, no entanto, só veio a ser efetivamente instalada em 03 de maio de 1823, após a independência, sob a presidência de José Caetano da Silva Coutinho, Bispo do Rio de Janeiro. O objetivo indisfarçável era a elaboração de uma Constituição escrita, que estruturasse um poder centralizador e organizasse uma forma de governo monárquico representativo.

Contudo, em razão das tendências revolucionárias e excessivamente liberais dos seus trabalhos, começaram a surgir divergências entre D. Pedro I, já consagrado Imperador, e a Assembléia Constituinte, provocando o contragolpe conservador de D. Pedro I, que a dissolveu, atribuindo ao Conselho de Estado, que ele mesmo havia criado, a elaboração do novo anteprojeto que se transformou na Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador ao povo brasileiro¹.

1. FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo I, p. 108.

Declarou o Brasil como um Império, organizando-o como Estado Unitário (art. 1º); dividiu o seu território em províncias, nas quais foram transformadas as capitanias então existentes, sendo essas províncias administradas por um presidente de livre nomeação do Imperador (arts. 2º e 165) e estabeleceu um Governo Monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º).

Na organização dos poderes, adotou um sistema de separação de funções, porém na formulação *quadripartita* de Benjamin Constant, compreendendo o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial (art. 10).

O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia Geral (art. 13), que se compunha de duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado (art. 14); a Câmara dos Deputados, era eletiva e temporária (art. 35); enquanto o Senado era composto de membros vitalícios nomeados pelo Imperador dentre os integrantes de uma lista tríplice eleita pela província (art. 40 e 43).

O Poder Moderador era considerado a chave de toda a organização Política, e exercido privativamente pelo Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os demais Poderes Políticos (art. 98). Com o Poder Moderador, o Imperador dispunha de amplas prerrogativas, pois, no exercício desse poder, o Imperador podia nomear Senadores à vista de listas tríplex; podia convocar extraordinariamente a Assembléia Geral nos intervalos das Sessões; sancionar os Decretos e Resoluções da Assembléia Geral, para que tenham força de Lei; aprovar e suspender interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais; prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir o interesse do Estado, e convocar imediatamente outra, que a substitua; nomear e demitir livremente os Ministros de Estado; suspender os Magistrados em caso de queixas contra eles; perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por Sentença e conceder anistia em caso de urgência (art. 101).

O Poder Executivo também tinha por chefe o Imperador que o exercia por meio de seus Ministros de Estado, de sua livre nomeação e demissão (art. 102).

O Poder Judiciário, considerado independente, era composto do Supremo Tribunal de Justiça, seu órgão superior, com sede na Capital do Império; dos Tribunais de Relação nas províncias, além dos juízes de direito (art. 151).

A Constituição do Império também criou um órgão de consulta superior do Imperador, chamado *Conselho de Estado*, composto de Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador, que eram ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da Administração Pública, principalmente sobre a

declaração de Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador exercesse qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador (arts. 137/144).

As cidades e vilas eram administradas por Câmaras de Vereadores, eleivas e temporárias, sendo o Vereador mais votado o seu presidente e, em consequência, o chefe da administração municipal (arts. 167 e 168).

Também inspirada pelas idéias liberais da época, a Constituição consagrou, no art. 179, uma declaração de direitos civis e políticos, destacando-se a liberdade, a segurança e a propriedade.

A Constituição de 1824 sofreu duas revisões. A primeira com o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, que extinguiu o Conselho de Estado; criou as Assembléias Legislativas Provinciais; conferiu competência legislativa às Assembléias Provinciais e esboçou uma reação ao poder centralizador do Império, com idéias descentralizadoras ou federalistas² que posteriormente foram sufocadas. A segunda com a Lei de Interpretação do Ato Adicional, de 12 de março de 1840, com forte orientação conservadora, que restabeleceu o Conselho de Estado.

A Carta do Império, em suma, teve forte influência francesa.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1891

3.1. A instalação da Primeira República

Durante todo o período imperial as idéias descentralizadoras ou federalistas se mantiveram presentes, provocando, inclusive, várias rebeliões, como as "Balaçadas", as "Cabanadas", as "Sabinadas" e a "República de Piratini".

Fatores como a grande extensão do território brasileiro e a criação de poderes locais, efetivos e autônomos, associados a idéias republicanas e democráticas, foram decisivos para, em 15 de novembro de 1889, por meio de um decreto, de nº 01, de 15.11.1889 (art. 1º), proclamar-se entre nós uma *República Federativa*, com a transformação das províncias em Estados Unidos do Brasil.

Assumindo o poder, os republicanos instalaram o *governo provisório*, sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca (Ruy Barbosa foi o vice-presidente). Em 03 de dezembro de 1889, o governo provisório nomeou,

2. Nas palavras de Pedro Calmon, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastas, 1947, p. 09: "O Ato Adicional, de 1834, atenuou o unitarismo da Constituição, admitindo que as províncias tivessem as suas assembléias legislativas, o seu tesouro próprio, a sua justiça municipal. Transigiu assim com as tendências de descentralização que eram inerentes à evolução, à história e à geografia do Brasil".

por meio do Decreto nº 29, uma comissão de cinco ilustres republicanos (Saldanha Marinho, seu presidente; Américo Brasiliense, seu vice-presidente; Santos Werneck; Rangel Pestana e Magalhães Castro), para a elaboração do projeto de Constituição, que serviria de base para as discussões na Assembléia Constituinte. Em 15 de setembro de 1890 foi eleita a Assembléia-Geral Constituinte, vindo a ser instalada no Palácio São Cristóvão em 15 de novembro do mesmo ano, sob a presidência de Prudente de Moraes, que posteriormente viria a ser Presidente da República.

É importante esclarecer que a Assembléia-Geral Constituinte foi instalada com limitações, pois não podia interferir no governo existente à época, nem tocar na República e Federação. A Assembléia-Geral Constituinte durou pouco mais de três meses, promulgando em seguida a primeira Constituição da República Federativa em 24 de fevereiro de 1891.

3.2. Traços gerais da Constituição de 1891

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a nova Constituição brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a *República Federativa*, que se constitui por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, convertidas em Estados Unidos do Brasil. Cada uma das antigas Províncias formará um Estado membro da nova Federação (arts. 1º e 2º).

Organiza os poderes da República a partir de um sistema de separação tripartite, estabelecendo como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si (art. 15).

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 16), cujos membros são eleitos para mandatos de 03 e 09 anos respectivamente, sendo que para o Senado renovando-se de três em três anos por um terço. O Vice-Presidente da República será Presidente do Senado, onde só terá voto de qualidade, e será substituído, nas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente da mesma Câmara (art. 32).

Inspirada no constitucionalismo norte-americano, consagrou um sistema presidencialista de governo, em que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, apenas auxiliado pelos seus Ministros de Estado, sendo substituído, no caso de impedimento, e sucedido, no de falta, pelo Vice-Presidente, eleito simultaneamente com ele. No impedimento ou falta do Vice-Presidente, serão sucessivamente chamados à Presidência o Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara e o do Supremo Tribunal Federal (art. 41). Mas tanto o Presidente como o Vice-Presidente da República são eleitos, ambos por voto direto e maioria absoluta de votos.

O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e Juizes e Tribunais Federais; O Poder Judiciário dos Estados compõe-se de Juizes e Tribunais.

Finalmente, garantiu um catálogo de direitos civis e políticos, sobresaindo-se os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade (art. 72).

Em 07 de setembro de 1926 a Constituição foi reformada. Na opinião de Pedro Calmon, a reforma de 1926 "destinou-se a corrigir certos abusos, que a ambigüidade do texto de 1891 favorecera, em detrimento da honesta realização do regime. Teve o mérito de indicar todos os princípios constitucionais, que tinham de ser amparados mediante a intervenção federal nos Estados; de restringir a concessão de 'habeas-corpus' aos casos de liberdade individual; e de dar ao governo da União competência para regular o comércio em ocasiões graves, que reclamassem uma atitude de defesa econômica ou de prevenção contra as anormalidades da circulação"³.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1934

4.1. A Revolução de 1930

Em 03 de outubro de 1930, do Rio Grande do Sul, eclode a Revolução nacional, que pôs abaixo a primeira República, rompendo a ordem constitucional anterior. O presidente da época é deposto em 24 de outubro de 1930, constituindo-se em seguida uma Junta Governativa provisória que, já em 03 de novembro de 1930, transmitiu o Governo ao candidato de oposição derrotado nas eleições e principal articulador da Revolução vitoriosa, Getúlio Vargas.

Em 11 de novembro de 1930, Getúlio Vargas editou o Decreto nº 19.398, com vistas a organizar a nova República e por meio do qual se investiu de poderes excepcionais, que lhe permitiram desmantelar as estruturas da República Velha. O Congresso Nacional e todos os órgãos legislativos estaduais e municipais foram dissolvidos e os governadores, afastados, com a nomeação de interventores federais. Comandado por Vargas, iniciava-se o processo de reorganização do Estado brasileiro. No art. 1º desse Decreto constava:

"O governo provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país"⁴.

3. CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastas, 1947, p. 13.
4. Em razão do grande interesse histórico, peço licença ao leitor para transcrever todo o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que institui o governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil: "Art. 1º. O governo provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as

Com esse Decreto, fácil é observar que o Governo provisório chefiado por Getúlio Vargas quebra a ordem constitucional anterior e prepara as linhas gerais para a elaboração de uma nova Constituição.

funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país. § único: Todas as nomeações e demissões de funcionários ou de quaisquer cargos públicos, quer sejam efetivos, interinos ou em comissão, competem exclusivamente ao chefe do governo provisório. Art. 2º. É confirmada, para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional, das atuais Assembleias Legislativas dos estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou Assembleias Municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos estados, nos municípios, no Distrito Federal ou território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato. Art. 3º. O Poder Judiciário Federal, dos estados, do território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já. Art. 4º. Continuam em vigor as constituições federal e estaduais, as demais leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos, porém, inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto ou atos ulteriores do governo provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um. Art. 5º. Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos decretos e atos do governo provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores. § único. É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais. Art. 6º. Continuam em inteiro vigor e plenamente obrigatórias todas as relações jurídicas entre pessoas de direito privado, constituídas na forma da legislação respectiva e garantidos os respectivos direitos adquiridos. Art. 7º. Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e o território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa. Art. 8º. Não se compreendem nos arts. 6º e 7º e poderão ser anulados ou restringidos, coletiva ou individualmente, por atos ulteriores, os direitos até aqui resultantes de nomeações, aposentadorias, jubilações, disponibilidade, reformas, pensões ou subvenções e, em geral, de todos os atos relativos a emprego, cargos ou ofícios públicos, assim como do exercício ou o desempenho dos mesmos, inclusive, e, para todos os efeitos, os da magistratura, do Ministério Público, ofícios de Justiça e quaisquer outros, da União Federal, dos estados, dos municípios, do território do Acre e do Distrito Federal. Art. 9º. É mantida a autonomia financeira dos estados e do Distrito Federal. Art. 10. São mantidas em pleno vigor todas as obrigações assumidas pela União Federal, pelos estados e pelos municípios, em virtude de empréstimos ou de quaisquer operações de crédito público. Art. 11. O governo provisório nomeará um interventor federal para cada estado, salvo para aqueles já organizados, em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos poderes aqui mencionados. § 1º. O interventor terá, em cada estado, os proventos, vantagens e prerrogativas que a publicidade dos seus atos e dos motivos que os determinarem, especialmente no que se refira à arrecadação e aplicação dos dinheiros públicos, sendo obrigatória a publicação mensal do balancete da receita e da despesa. § 8º. Dos atos dos interventores haverá recurso para o chefe de governo provisório. Art. 12. A nova Constituição Federal manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Art. 13. O governo provisório, por seus auxiliares do governo federal e pelos interventores nos estados, garantirá a ordem e segurança pública, promovendo a reorganização geral da República. Art. 14. Ficam expressamente ratificados todos os atos da junta governativa provisória constituída nesta capital aos 24 de outubro último, e os do governo atual. Art. 15. Fica criado o Conselho Nacional Consultivo, com poderes e atribuições que serão regulados em lei especial. Art. 16. Fica criado o Tribunal Especial para processo e julgamento de crimes políticos, funcionais e outros que serão discriminados na lei da sua organização. Art. 17. Os atos do governo provisório constarão de decretos expedidos pelo chefe do mesmo governo e subscritos pelo ministro respectivo. Art. 18. Revogam-se todas as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 11 de novembro de 1930, 109ª da Independência e 42ª da República. [Ass.] Getúlio Vargas, Osvaldo Aranha, José Maria Whitaker, Paulo de Moraes Barros, Afrânio de Melo Franco, José Fernandes Leite de Castro, José Isaías de Noronha."

O Governo provisório de Getúlio Vargas teve como foco a questão social, meta, aliás, declarada na Revolução, o que atraiu o apoio popular, principalmente dos trabalhadores. Foram criados dois importantes Ministérios: o do Trabalho e o da Educação, a fim de atender às reivindicações do povo brasileiro.

Contudo, em razão da inequívoca tendência de controlar ditatorialmente o poder, desconsiderando, inclusive, alguns de seus compromissos assumidos com o povo, deflagra-se, em São Paulo, em 09 de julho de 1932, um movimento revolucionário, conhecido por Revolução *constitucionalista*, liderado por Pedro de Toledo, interventor federal no Estado de São Paulo, que exigiu, de forma armada, a restauração do regime democrático. Essa revolução, todavia, foi esmagada pelas forças da União, "mas o significado moral dessa refrega resultou na circunstância de ter o governo federal determinado a data para as eleições, convocando a Assembléia, que se reuniria a 15 de novembro de 1933"⁵.

Após os trabalhos constituintes (1933-34), foi promulgada em 16 de julho de 1934 a nova Constituição brasileira.

4.2. Traços gerais da Constituição de 1934

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, quanto à organização do Estado e dos poderes, seguiu os traços da anterior. Manteve os princípios fundamentais de organização política: a República, a Federação, a separação de Poderes, o Presidencialismo e o sistema Representativo. Porém, ampliou os poderes da União e dispôs sobre as competências concorrentes entre a União e os Estados (art. 10).

Rompeu com o bicameralismo rígido, atribuindo o exercício do Poder Legislativo somente à Câmara dos Deputados e convertendo o Senado em mero órgão de colaboração da Câmara (arts. 22 e 88). A Câmara dos Deputados passou a ter uma composição envolvendo (a) representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto; e (b) representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar. Ao Senado Federal foi atribuída a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

Criou a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, d e 82) e definiu o sistema eleitoral com a admissão do voto feminino (arts. 108 e ss.).

5. ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 81.

Dispôs do Ministério Público e dos Tribunais de Contas como Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais.

E ao lado dos clássicos direitos de defesa (direitos civis e políticos), reconheceu, sob a forte influência da Constituição alemã de Weimar (1919), os direitos sociais e econômicos, em título dedicado à ordem econômica e social (Título IV) e outro sobre a família, a educação e a cultura (Título V), consagrando entre nós um regime de democracia social. A influência alemã foi tão grande a ponto do saudoso mestre baiano Josaphat Marinho⁶ haver afirmado que o Brasil sofreu um "sopro de socialização". Esse sopro de socialização perdurou nas constituições seguintes, notadamente nas de 1946 e de 1988.

Enfim, a Constituição Federal de 1934 foi aquela que, entre nós, deu início à era das Constituições sociais, consagrando um Estado preocupado com o bem-estar social.

Mas a Constituição de 1934 durou pouco, em razão da efervescência política da época que motivou a implantação do Estado Novo.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1937

5.1. O Estado Novo

Em 1937, quando a sociedade brasileira aguardava as eleições presidenciais marcadas para janeiro de 1938, que seriam disputadas por José Américo de Almeida, Plínio Salgado e Armando de Sales Oliveira, foi denunciado pelo governo a existência de um plano comunista para a tomada do poder. Este plano ficou conhecido como Plano Cohen⁷. Com a comoção popular causada pelo Plano Cohen, além da instabilidade política gerada pela *intenção comunista*, e com o receio de novas revoluções comunistas, Getúlio Vargas, sem resistência, deu um golpe e instaurou uma ditadura em 10 de novembro de 1937, através de um *pronunciamento* transmitido por rádio a todo o país, anunciando o *Estado Novo*. Iniciava-se um período de ditadura na História do Brasil, que se estende até 29 de outubro de 1945, quando Getúlio é deposto pelos militares. Getúlio fechou o Congresso Nacional e impôs ao país uma nova Constituição, que ficaria conhecida depois como "Polaca", por ter se inspirado na Constituição autoritária da Polônia, de tendência fascista.

O principal acontecimento na política externa foi o desenvolvimento da 2ª Guerra Mundial (39-45), responsável pela grande contradição do

6. *A Constituição de 1934*, Revista de Informação Legislativa, n. 94, pp. 17-28, abr./jun. 1987.

7. O Plano Cohen foi elaborado pelo capitão Olympio Mourão Filho como um exercício interno da Ação Integralista Brasileira, e foi apreendido pelo governo, que o usou como se fosse verdadeiro, encontrando aí uma ótima desculpa para a tomada preventiva do poder por Getúlio. Anos mais tarde foi comprovada a falsidade do documento.

governo Vargas, que dependia economicamente dos EUA e possuía uma política semelhante à alemã. A derrota do Nazi-fascismo contribuiu decisivamente para o fim do Estado Novo.

5.2. Traços gerais da Constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi a mais autoritária de todas. Outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, teve a preocupação de fortalecer o Poder Executivo, consubstanciando-se num documento de inegável caráter fascista, em razão especialmente do fechamento do Congresso Nacional (art. 178), da extinção dos partidos políticos e da concentração dos Poderes Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decretos-leis.

Declarou, em todo o País, o estado de emergência (art. 186) e determinou a sujeição de seu próprio texto a um plebiscito nacional (art. 188) que nunca ocorreu.

Sob a égide desta Constituição foi convocada eleições presidenciais para 02 de dezembro de 1945. Precedeu ao pleito, porém, a deposição de Getúlio Vargas (29.10.45). Assumiu interinamente o governo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, que conduziu, sem problemas, o processo eleitoral.

Venceu as eleições o General Eurico Gaspar Dutra, que convocou uma nova Assembléia Constituinte, instalada em 02 de fevereiro de 1946.

6. A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com o fim da 2ª Grande Guerra Mundial intensifica-se em todo o mundo um sentimento voltado à valorização do regime democrático. No Brasil, dá-se início, com a eleição do General Eurico Gaspar Dutra, um movimento no sentido da redemocratização do País.

Convocada a Assembléia Constituinte, nela foram representadas várias correntes ideológicas, da situação à oposição. Os debates constituintes tomaram por base a Constituição de 1934.

Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a nova Constituição do Brasil. Nitidamente democrática, recompôs os princípios constitucionais associados aos postulados democráticos, reproduzindo, em essência, o teor da democracia-social inaugurada pela Constituição de 1934, da qual é uma reprodução mais apurada⁸.

8. FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo I, p. 114-5.

Sob sua vigência sucederam-se crises e conflitos entre os poderes, que se agravaram com o retorno de Getúlio Vargas, por eleição direta, ao poder, com um programa social e econômico que inquietou as forças conservadoras, situação que culminou com o suicídio do estadista. Getúlio Vargas foi eleito em 3 de outubro de 1950, tomando posse na presidência da República em 31 de janeiro de 1951, sucedendo o presidente Eurico Gaspar Dutra. Seu mandato presidencial deveria estender-se até 31 de janeiro de 1956, porém, em meio a crises diversas e pressões políticas para se afastar da presidência, suicida-se na madrugada de 23 para 24 de agosto de 1954.

Após Getúlio, assumiram a presidência do País, sucessivamente, Café Filho, Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros. Este último, depois de ter sido eleito por uma ampla maioria de votos, renunciou sete meses após. Sobe à presidência o seu vice, João Goulart, apesar da forte resistência dos militares. Aprova-se a EC nº 04, de 02 de setembro de 1961, mais conhecida como a emenda parlamentarista, uma vez que implantou no Brasil o parlamentarismo com o fim de reduzir os poderes do novo Presidente da República. Todavia, esse sistema durou pouco, em razão da EC nº 06, de 23 de janeiro de 1963, aprovada pelo Congresso Nacional após plebiscito popular que se pronunciou contra o sistema parlamentar, revogando a emenda 04.

João Goulart cai do poder em 01 de abril de 1964, com o movimento militar deflagrado no dia anterior.

7. A CONSTITUIÇÃO DE 1967

7.1. A Revolução de 1964

Em 31 de março de 1964, no Rio de Janeiro, consumou-se um movimento revolucionário liderado por forças militares que conseguiram derrubar o Presidente João Goulart. A idéia do golpe militar nasceu na cidade de Juiz de Fora, de onde saíram caminhões e tanques em direção à cidade do Rio de Janeiro, onde o presidente se encontrava, quando recebeu um manifesto do general Mourão Filho, exigindo sua renúncia.

Jango, como era mais conhecido, tentou sufocar o movimento, porém sem êxito. Teve que deixar o País, indo refugiar-se no Uruguai, onde obteve asilo político.

A Revolução de 1964 foi inegavelmente um golpe de Estado tramado por militares descontentes com as políticas reformistas de João Goulart. O País foi surpreendido por cenas de força e violência. Soldados fortemente armados, tanques, caminhões e jipes de guerra ocuparam as ruas das principais cidades brasileiras. As sedes dos partidos políticos, dos sindicatos e associações que apoiavam as reformas do governo Jango foram tomadas pelos

soldados. A sede da União Nacional dos Estudantes (UNE), localizada no Rio de Janeiro, foi incendiada. Implanta-se no País um longo regime de ditadura militar que perdurou até 1985, com violenta repressão política nos anos 60 e 70, quando, sob a égide da Lei de Segurança Nacional, tornaram-se comuns as perseguições políticas, as prisões e as torturas de opositores políticos do regime, além da cassação de seus direitos políticos.

Quebra-se a ordem constitucional em vigor. O que se vê em seguida é uma sucessão de atos institucionais arbitrários, em número de quatro, visando regular a vida política do País⁹. A finalidade inescandível de tais atos

9. O teor arbitrário que permeou os referidos atos institucionais pode ser, de logo, identificado no primeiro deles, o Ato Institucional nº 01, de 09 de abril de 1964, cujos "considerandos", a seguir literalmente transcritos, mostram a usurpação do comando militar golpista ao poder constituinte do povo: "É indispensável fixar o conceito de movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. A revolução vitoriosa se investe no exercício do poder constituinte. Esse se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do poder constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como poder constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o Governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo Governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao poder constituinte. Ela edita norma jurídica sem que nisso seja limitada pela nova atividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o povo, em seu nome exercem o poder constituinte, de que o povo é único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos comandantes em chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo Governo a ser instituído os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de ser institucionalizada e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos comandos em chefe das três armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do Governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe neste Ato Institucional, resultante do exercício do poder constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um Governo capaz de atender aos

foi a de consolidar, com o amparo na legalidade, o regime militar estabelecido pelo comando golpista.

No entanto, em face dos vários atos institucionais aos quais se acrescentaram diversos atos complementares, surgiu a necessidade de emprestar-se um contexto unitário ao sistema político em vigor. Assim, em 07 de dezembro de 1966, é editado o Ato Institucional nº 04, que convocou extraordinariamente o Congresso Nacional e fixou normas para a votação da nova carta constitucional. O Presidente Castello Branco enviou o projeto da Carta Política ao Congresso Nacional que o aprovou com pequenas alterações, promulgando em 24 de janeiro de 1967 mais uma Constituição para o País.

7.2. Traços gerais da Constituição de 1967

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 entrou em vigor somente em 15 de março de 1967. Fruto de um governo arbitrário, ela foi uma Carta igualmente arbitrária, aproximando-se muito da Carta de 1937, cujos traços gerais absorveu. Cumpre sublinhar que, embora "promulgada" pelo Congresso Nacional, a Carta de 67 foi *outorgada* pelo Executivo através do Congresso, que só fez cumprir a vontade autoritária daquele poder.

A Carta de 67 preocupou-se muito com a segurança nacional. Manteve as características gerais da organização do Estado e dos Poderes, porém com ampliação das competências da União, exigindo uma maior simetria constitucional dos Estados. Deu mais poderes ao Presidente da República, que passou a ser eleito indiretamente por um colégio eleitoral.

A Constituição de 67, porém, teve duração efêmera. Logo no ano seguinte foi editado o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, que rompeu com a ordem constitucional, estabelecendo uma série de poderes discricionários para o Presidente da República, que expediu o Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, decretando o recesso do Congresso Nacional. Em razão de problemas de saúde, o Presidente Costa e Silva foi afastado da presidência pelo Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, que atribuiu o exercício das funções presidenciais aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Reunidos sob a forma de Junta Militar, os Ministros das três forças prepararam um novo

anseios do povo brasileiro, o comando supremo da revolução, representada pelos comandantes em chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, resolve editar o seguinte: Ato Institucional".

texto constitucional, que foi outorgado, em 17 de outubro de 1969, como *EC nº 01 à Constituição de 1967*, que entrou em vigor em 30 de outubro de 1969.

8. A CONSTITUIÇÃO DE 1969 (EC Nº 01/69)

A rigor, a chamada Emenda Constitucional nº 01, que pretendeu, com essa designação, "reformular" a Constituição de 1967, impôs ao País, inegavelmente, uma nova Constituição. Nesse sentido são claras as lições de José Afonso da Silva,

"Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil"¹⁰.

Esta Constituição, de caráter ostensivamente autoritário¹¹, manteve o regime de repressão, com o que ampliou consideravelmente os poderes do Presidente da República e debilitou o Poder Legislativo, restringindo as imunidades dos parlamentares, entre outras providências.

9. A CONSTITUIÇÃO DE 1988

9.1. Antecedentes

Em meio ao regime de ditadura militar imposto desde o golpe de 1964, vários movimentos político-sociais foram deflagrados em direção à redemocratização do País. Depois da eleição dos novos Governadores em 1982, intensifica-se em todo o País, a partir de 1984, uma luta em busca de eleições diretas para Presidente da República e de uma nova Constituição que

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

11. A Carta Política de 1969 foi outorgada por uma Junta Militar composta pelos Ministros das três forças, como se depreende de seus "considerandos": "OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e CONSIDERANDO que, nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; CONSIDERANDO que a elaboração de emendas a Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal (...); CONSIDERANDO as emendas modificativas e supressivas que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas; CONSIDERANDO que, feitas as modificações mencionadas, todas em caráter de Emenda, a Constituição poderá ser editada de acordo com o texto que adiante se publica, PROMULGAM a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967".

conseguisse refazer o pacto político-social, com o restabelecimento das liberdades públicas, ceifadas pelo regime de então.

Abre-se eleição para Presidente. Com o apoio dos grupos democráticos, em 15 de janeiro de 1985 elege-se Presidente Tancredo Neves, que prometeu convocar uma Assembléia Constituinte legítima e democrática. Morre antes de assumir a presidência.

Assume o vice, José Sarney. Cumprindo compromisso de Tancredo, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, com a qual convocou a Assembléia Nacional Constituinte. Foi aprovada como *EC nº 26*, de 27 de novembro de 1985. Quanto a esse aspecto, cumpre uma anotação. Na forma, inegavelmente se tratou de emenda à Constituição (de 1967); na substância, entretanto, revelou-se como um verdadeiro ato político, que sintetizou a vontade soberana do povo brasileiro.

A *EC nº 26/85* estabeleceu, nos pontos que interessam: (i) a reunião unicameral dos Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional (art. 1º); (ii) que o Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente (art. 2º); e (iii) que a Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte (art. 3º).

Observa-se, assim, que a *EC 26* convocou, na verdade, um *Congresso Constituinte*, cujos membros – Deputados e Senadores livremente eleitos pelo povo em 1986 – reuniram-se em 01 de fevereiro de 1987, em Assembléia Nacional Constituinte, para a elaboração da nova Constituição do País, que foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

Nada obstante, é uma Constituição democrática e legítima.

9.2. Traços gerais e estrutura da Constituição de 1988

Era uma tarde de quarta-feira, um dia ansioso por todos os brasileiros, ávidos por um novo Brasil e uma nova sociedade, plural e aberta, na qual todos, depois de anos de sombra e escuridão, pudessem nascer, viver e conviver livres e iguais em dignidade e direitos. Às 16:00 horas do dia 05 de outubro de 1988, um dia diferente e especial para o Brasil e todos os brasileiros, promulgou-se a nova Constituição do País, a Constituição da esperança, da democracia, da felicidade, do ser humano: a Constituição cidadã, como

assim intitulada por quem presidia a tão emocionada e histórica Sessão da Assembléia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1988 surge como esperança para o povo brasileiro, suscitando no País um sentimento constitucional jamais visto antes.

Sob a sua égide e motivação, acontecimentos históricos foram registrados. O brasileiro passou a participar mais ativamente do processo político nacional, a ponto de comover o Congresso Nacional a deflagrar o *impeachment* de um Presidente da República, tirando-lhe do cargo; partidos de esquerda assumem o poder político nacional; cidadãos desprovidos de moradia se organizam em movimentos sociais de envergadura, que ganham força e repercussão nacional; o trabalhador do campo ganha mais proteção; políticas sociais são melhor direcionadas, enfim, o homem passou a ser o centro em torno do qual se edificou um novo modelo de Estado Social, promotor do bem-estar de toda comunidade.

É essa a Constituição que temos; a melhor que tivemos na história política do País e, certamente, a melhor que teremos. Segundo o seu preâmbulo, que sintetiza os valores e propósitos da sociedade brasileira, ela foi promulgada legitimamente *para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.*

Sua estrutura envolve, além do preâmbulo, uma (i) parte *permanente*, que se compõe de nove títulos (são 250 artigos), e (ii) uma parte *transitória*, denominada *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (são 94 artigos). A parte permanente abrange os seguintes títulos:

- *Título I: Dos Princípios Fundamentais*, que consolidam as decisões políticas fundamentais estruturantes do Estado (forma de Estado, forma de Governo, regime político, fundamentos do Estado, objetivos fundamentais, etc).
- *Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, que reúnem os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e normas sobre partidos políticos.
- *Título III: Da Organização do Estado*, que distribui as competências entre as entidades da Federação.

- *Título IV: Da Organização dos Poderes*, que dispõe sobre as atribuições dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além dos Órgãos responsáveis pelo exercício das funções consideradas essenciais à Justiça.
- *Título V: Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*, que trata do Estado de Defesa, Estado de Sítio e da Segurança Pública.
- *Título VI: Da Tributação e do Orçamento*, que cuida do Sistema Tributário Nacional e dos princípios orçamentários.
- *Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira*, que disciplina sobre os princípios da atividade econômica e financeira do Estado.
- *Título VIII: Da Ordem Social*, que organiza os direitos sociais, dispondo sobre o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso e o índio.
- *Título IX: Das Disposições Constitucionais Gerais.*

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Princípio Federativo – 3. Princípio Republicano – 4. Princípio do Estado Democrático de Direito – 5. Princípio da Soberania Popular – 6. Princípio da Separação de Poderes: 6.1. O Poder político e as funções estatais; 6.2. Antecedentes históricos da teoria clássica da separação das funções estatais; 6.3. A separação das funções estatais nas Constituições brasileiras; 6.4. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de Poderes – 7. Princípios Fundamentos do Estado brasileiro – 8. Princípios Objetivos Fundamentais do Estado brasileiro – 9. Princípios regentes das relações internacionais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição de 1988 abre o seu texto, com o título I, dispondo dos *Princípios Fundamentais*. Por meio deles, o constituinte fixou a *estrutura* do Estado brasileiro, condensando as *escolhas políticas fundamentais* de conformação da vida estatal.

Na tipologia desenvolvida por Canotilho, os princípios fundamentais são *princípios constitucionais politicamente conformadores do Estado*, que *explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*, revelando as concepções políticas triunfantes numa Assembléia Constituinte, constituindo-se, assim, no cerne político de uma Constituição política¹.

Entre os princípios fundamentais da Constituição de 1988 situam-se os princípios definidores da forma de Estado (*Federação*); os princípios definidores da forma de Governo (*República*); os princípios definidores do regime político (*Estado Democrático de Direito*); os princípios definidores da titularidade do poder (*Soberania Popular*); os princípios definidores da articulação entre os poderes (*Separação de Poderes, com Independência e Harmonia entre eles*); os princípios definidores dos fundamentos do Estado; os princípios definidores dos objetivos fundamentais do Estado e os princípios regentes das relações internacionais.

Apesar de expressarem decisões políticas fundamentais que estabelecem as bases políticas do Estado, esses princípios são verdadeiras *normas jurídicas* operantes e vinculantes, que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o Direito devem ter em conta e por referência, seja em atividades

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1.091-92.

de interpretação, seja em atividades de positivação do direito infraconstitucional (leis e demais atos normativos).

Podemos assegurar que toda atividade de criação, interpretação e aplicação do Direito tem nos princípios fundamentais do título I o seu ponto de partida.

2. PRINCÍPIO FEDERATIVO

O ideal federalista sempre existiu entre nós, desde a independência do Brasil. Não foram poucas as manifestações políticas pelas quais se intentou a consagração de um modelo de Estado, onde convivessem mais de um governo compartilhando o poder político sobre o mesmo território. Na primeira revisão a que se submeteu a Carta de 1824, por meio do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, foi posta em prática a pretensão de descentralizar o poder do comando central do Império em favor da autonomia das províncias. Foram criadas as Assembléias Legislativas Provinciais dotadas de competência legislativa, esboçando-se aí uma reação ao poder centralizador do Império, com idéias descentralizadoras ou federalistas, que foram posteriormente sufocadas com a chamada Lei de Interpretação do Ato Adicional, de 12 de março de 1840, de forte orientação conservadora.

Porém, foi em 15 de novembro de 1889, por meio do *Decreto nº 01*, que se proclamou entre nós uma *República Federativa*, com a transformação das Províncias então existentes em Estados federados. Em seguida, foi a Federação consagrada como *Princípio Fundamental* na Constituição de 1891 e por todas as demais Constituições que lhe seguiram, inclusive a Constituição de 1988 (arts. 1º e 18).

O Princípio Federativo *define* a forma de Estado. Federação é a própria forma de Estado, que se constitui a partir de uma *união indissolúvel* de organizações políticas autônomas, instituída por uma Constituição rígida (a *Constituição Federal*), com o fim de criar um novo Estado (o Estado Federal). A esse propósito, as coletividades reunidas (*Estados Federados*), sem perderem suas personalidades jurídicas, despedem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício do todo (Estado Federal). A mais relevante delas é a soberania. Federação, etimologicamente, vem de *foedus, foederis*, significando aliança, pacto, união, uma vez que é da aliança entre Estados que ela nasce. O Estado Federal – resultado dessa aliança – é *soberano* para o Direito Internacional, ao passo que os Estados federados ou membros são *autônomos* para o Direito Interno.

A idéia de Federação correlaciona-se com a noção de *território*, que é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce soberanamente, de modo

efetivo e exclusivo, o poder de império sobre pessoas e bens. Mas isso não é suficiente. Faz-se necessário, para o delineamento conceitual de Federação, atingir-se a idéia de *descentralização política* dentro desse mesmo território. Segundo Michel Temer, “*Descentralizar* implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. (...) Se a referência é a descentralização política, os novos centros terão capacidade política”². Adicione-se a esse importante ingrediente, outro não menos relevante consistente na exigência de que a descentralização política tenha assento imediato na Constituição, pois que, como bem resalta Michel Temer, a “simples divisão de competências entre várias ordens parciais, feita em nível de lei comum, jamais será elemento caracterizador da Federação, porque aquele que as conferiu poderá retirá-las sem qualquer empecilho superior”³. Assim, a Federação pressupõe a existência de mais de uma entidade – uma central e várias parciais – dotada de capacidade política concedida diretamente pela Carta Magna. E por capacidade política entende-se a possibilidade de produzir normas sobre assuntos de sua competência⁴. Encarado o Estado como uma ordem jurídica, pode-se afirmar que, sob o abrigo da descentralização política, convivem num mesmo território a ordem jurídica central e as ordens jurídicas parciais.

Por isso mesmo, podemos dizer que, no Estado Federal, há um governo central (ordem jurídica central) e vários governos locais (ordens jurídicas parciais), todos exercendo, em condições de igualdade e com fundamento imediato na Constituição, o poder político.

O cerne do federalismo, portanto, repousa na *autonomia* das entidades que compõem o Estado Federal, pois somente este detém o poder soberano, que é um poder supremo e independente. É supremo na ordem interna, porque inexistente qualquer outro que lhe sobrepaire. É independente na ordem externa, porque é igual aos outros poderes soberanos de outros Estados. A soberania funciona como um poder unificador de uma ordem jurídica estatal. Em face dela, o Estado é, no plano externo, uno e indivisível, pouco importando que seja, no âmbito doméstico, centralizado ou descentralizado politicamente, ou seja, se o Estado tem forma unitária ou federal.

As entidades integrantes da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no Brasil) não têm soberania. Apenas desfrutam de autonomia deferida diretamente pela Carta Magna. Autonomia,

2. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, pp. 57-58.

3. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 61.

4. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 58.

diferentemente da soberania, corresponde a um quadro interno de competências, rigidamente demarcadas pela Constituição.

Para o conceito de Federação, interessa-nos a noção de autonomia. A Federação só existe quando, em face da descentralização política, as ordens central e parciais passam a usufruir de autonomia num mesmo território, uma vez que contempladas constitucionalmente com competências próprias.

A Federação nasceu com a Constituição norte-americana de 1787, em razão do fracasso do modelo de Confederação anteriormente adotado. Explica-se melhor. Após a independência das treze colônias inglesas na América do Norte, essas ex-colônias, agora Estados soberanos, reuniram-se, em 1781, como uma Confederação (quando foi assinado o tratado *artigos de confederação*), que durou até 1787, dada as dificuldades e conflitos surgidos no desenvolvimento desse modelo de união. Preocupados em corrigir as distorções e os prováveis erros que malograram o modelo escolhido, os Estados confederados se reuniram, em importante convenção, para discutir as soluções necessárias. Depois de muita reflexão e de trabalhos escritos⁵, nasce uma proposta simples, porém ousada: substituir a *Confederação de Estados soberanos* por uma *Federação de Estados autônomos*, na qual a nova forma de aliança fosse indissolúvel e protegida por uma Constituição escrita e rígida. Surge, assim, na Convenção de Filadélfia, em 1787, sob a proteção de uma Constituição rígida – a primeira Constituição escrita no mundo – a Federação norte-americana, com a *união definitiva* daqueles vários Estados em torno de um interesse comum, formando um novo Estado, um *Estado Federal*, os *Estados Unidos da América*. De verificar-se que na formação da Federação norte-americana, os Estados então soberanos, abdicaram de suas soberanias em favor do novo Estado criado a partir da união, porém mantiveram-se titulares de ampla autonomia política. Essa Federação, quanto à sua formação, é considerada como *centrípeta* ou por agregação, tendo em vista que originada a partir de um sentimento ou força central que agregou e uniu vários Estados em torno de um propósito destinado à organização de uma nova forma de Estado, o Estado Federal.

A Federação brasileira foi inspirada no modelo norte-americano. Não obstante, a nossa Federação formou-se de modo contrário àquela que serviu de seu paradigma. Certamente seja essa a razão de a Federação no Brasil ter sido, originariamente e por muito tempo, uma Federação sem equilíbrio,

5. Entre os trabalhos escritos, destacaram-se os vários artigos escritos por Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay, publicados no *Daily Advertiser* de Nova Iorque. Esses artigos foram reunidos e publicados em livro sob o título *O Federalista*, considerada até hoje a mais completa e autêntica obra sobre a experiência da implantação da Federação norte-americana.

enfraquecida, com concentração de poderes no ente central (a União), restando pouco, muito pouco, para os Estados-membros. Ora, se o que caracteriza essencialmente uma Federação é a autonomia recíproca dos entes que a integram, quando essa relação de reciprocidade fica comprometida, comprometida fica, tanto assim, a própria essência da Federação.

O Brasil era, no Império, um Estado Unitário, com concentração do poder no comando central. Para transformar-se num Estado Federal precisou descentralizar o seu poder, dividi-lo entre o centro e as periferias. Foi o poder, assim, desagregado. Nesse sentido, podemos dizer que a Federação brasileira é de formação *centrífuga* ou por desagregação, pois existiu um sentimento ou uma força que descentralizou o poder e o dividiu entre mais de uma organização política, convertendo o Estado Único em Estado composto ou federal.

Percebe-se, de logo, que nessa forma de Estado, há uma partilha do poder político determinada e conduzida pela própria Constituição, quando consagra a Federação como princípio fundamental. Nessa distribuição do poder não raro o ente central fica com a maior porção. E foi exatamente o que ocorreu com a Federação brasileira.

Todavia, depois de muito tempo, com o advento da Constituição de 1988, o Brasil assumiu o verdadeiro *status* de Federação. Isto porque o constituinte de 88 adotou uma equilibrada partilha do poder político entre as entidades federadas, através de uma justa e eqüitativa repartição de competência. Devo ressaltar, desde já, que a Constituição Federal de 1988 adotou, sem precedente histórico, uma Federação tricotômica ou de segundo grau, asentada numa estrutura tríptica, pois incluiu os Municípios na organização federal, ao lado da União e dos Estados, dotando todas estas entidades de autonomia política.

O Brasil, portanto, é um Estado Federal, em que a União, os Estados-membros e os Municípios, todos igualmente autônomos, ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por conseguinte, receber tratamento jurídico-formal isonômico. Em razão disso, essas entidades federadas podem, nos assuntos de suas competências privativas, eleger prioridades, sem que o governo de uma delas possa determinar o que o governo de outra deve fazer ou não fazer, ou mesmo o que dever fazer em primeiro lugar. Foi por isso, nunca é demais reiterar, que a Constituição delimitou a competência de cada uma, de modo que as entidades federadas só possam desenvolver suas atividades nos campos que lhes foram reservados. Se assim é, nem a União há de invadir os assuntos de competência privativa dos Estados e Municípios, nem estes poderão intrometer-se em assuntos àquela afetados, sob pena de irremediável inconstitucionalidade.

3. PRINCÍPIO REPUBLICANO

O Princípio Republicano *define* a forma de Governo, vale dizer, a forma como os governantes ascendem ao Governo e como se dá a relação entre governantes e governados. República é uma forma de Governo. Nasceu do mesmo ato político que impôs a Federação no Brasil. Desde a Constituição de 1891 vem sendo consagrada como *Princípio Fundamental*. Na Constituição de 1988 está no art. 1º.

É uma forma de Governo, fundada na igualdade formal entre as pessoas, na qual os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, de regra representativo, temporário e com responsabilidade. Dessa definição, destacam-se os seguintes elementos⁶:

- a) *É uma forma de Governo, que se contrapõe à Monarquia. É uma forma peculiar que o Homem concebeu para governar a res publica com responsabilidade e em prol do povo. A res publica é de todos e para todos. Nessa forma de governo, o poder pertence a todo o povo, que será exercido por este ou por seus representantes. Não se pode confundir Federação com República, pois enquanto esta é forma de Governo aquela é forma de Estado.*
- b) *Fundada na igualdade formal das pessoas, pois na República é intolerável o tratamento distintivo entre pessoas que se encontram numa mesma posição jurídica. Não pode haver distinções de qualquer natureza, exatamente porque essa forma de governar é incompatível com discriminação de classes, pois inexiste, na República, classe dominante e classe dominada⁷. Todos são cidadãos. Assim, a República impõe o*

6. CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, pp. 47 e ss.

7. Nesse sentido, conferir Inq nº 1.376-Agr, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-07, DJ de 16-3-07: "O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delitosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, b e c). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes."

princípio da igualdade como postulado básico da organização política e jurídica. Essa igualdade, porém, não é a substancial ou material, mas tão-somente a *formal*, que consubstancia a igualdade de todos perante a ordem jurídica, de modo que os poderes devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos.

- c) *Em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, pois uma das características que singularizam a forma republicana de governo é a *eletividade*, com eleições pelo povo dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Como afirmava Ruy Barbosa, o que distingue a forma republicana de governo é a circunstância de que, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os dois primeiros derivem de eleições populares. À noção de República é imprescindível a noção de soberania popular, pois o poder, que tem origem no povo, deve ser exercido em nome e no interesse deste.*
- d) *É Governo em regra representativo, haja vista que na República os detentores do poder político exercem-no em nome de toda a população, porquanto são seus representantes. O governo deve governar representando todos os segmentos do povo, buscando sempre o bem-estar geral de toda a coletividade.*
- e) *É Governo temporário, tendo em vista que outra característica essencial da forma republicana de governo é a *temporiedade* no exercício do poder. Nela, a transferência do poder é sempre transitória, por prazo certo, distinguindo-se da Monarquia que é vitalícia.*
- f) *É Governo exercido com responsabilidade, pois na República os governantes respondem por seus atos perante os governados. Sujeitam-se, portanto, a sanções políticas (*impeachment*, por exemplo), penais e civis. Na Monarquia, distintamente, não há essa responsabilização. Falar em República, portanto, é falar em responsabilidade.*

4. PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de 1988 declara ser a República Federativa do Brasil um *Estado Democrático de Direito*. A designação *Estado Democrático de Direito* é novidade entre nós e sintetiza um movimento tendente a orientar o Estado de Direito a realizar os postulados da Democracia.

Efetivamente, o *Estado Democrático de Direito* é princípio fundamental que reúne os princípios do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático*, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um *conceito novo* que os supera, mas como providência de

transformação do *status quo*⁸ e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

A origem do Estado de Direito está vinculada à luta da burguesia contra o absolutismo que dominava até a metade do século XVIII. Tinha por bandeira, basicamente, a *submissão de todos, sobretudo do Estado, ao império da lei; a separação de poderes e a declaração de direitos individuais*.

Ocorre que, com o despontar do positivismo formalista, o Estado de Direito foi reconduzido à idéia de Estado Legislativo de Direito, no qual o Direito se limitava a lei, enquanto enunciado formal decorrente da atividade legislativa do Estado destituído de qualquer conteúdo axiológico. Essa posição excessivamente formalista do Direito provocou uma deformação do conceito de Estado de Direito, na medida em que todo Estado conduzido por leis, pouco importando o seu conteúdo, acabava sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.

Em razão da doutrina social do Estado, que floresceu a partir da primeira Grande Guerra, o Estado de Direito passa a sofrer adaptações, para se converter em Estado *Social* de Direito e atender às reivindicações por justiça social. O problema é que a expressão *Estado Social* foi objeto de ambigüidades ideológicas de todas as ordens. Em nome da implantação de um *Estado Social* não foram poucos os governos de tirania. Como revela a história, a bandeira do *Estado Social* serviu para sustentar regimes arbitrários de pura barbárie, como ocorreu na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, em Portugal salazarista e de uma certa forma no Brasil a partir da Revolução de 1930 e durante todo o Estado Novo. Como observa Paulo Bonavides⁹, o Estado Social se coaduna com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.

Percebe-se, daí, como corretamente adverte José Afonso da Silva, que o Estado de Direito, quer como Estado Legislativo ou Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre se caracteriza como Estado Democrático¹⁰.

8. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 116.
9. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pp. 205-06.
10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 121.

O Estado Democrático se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo.

Enfim, atenta a esses aspectos, a Constituição de 1988 inovou e reuniu, em um mesmo princípio, as bases do Estado de Direito e do Estado Democrático, provocando a conexão entre os seus postulados. Assim, se é certo que o elemento básico do Estado de Direito é a lei, não menos certo é que a lei deixa de ser entendida como mero enunciado formal do legislador, desprovida de conteúdo material ou substancial, para ser concebida e exigida como um ato de concretização dos valores humanos, morais e éticos fundamentais consagrados na Constituição, numa perspectiva democrática imposta pela soberania popular. Desse modo, lei que não atende a essa exigência é lei inconstitucional que deve ser desprezada.

O Estado Democrático de Direito, portanto, é Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados.

5. PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR

A Constituição de 1988 consagra a Soberania Popular como Princípio Fundamental, ao destacar, no parágrafo único do art. 1º, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Adota, assim, uma Democracia representativa, que combina *representação e participação popular direta*, tendendo para uma democracia participativa¹¹. Vejamos.

Quando a Constituição afirma que o povo exerce o seu poder por meio de representantes eleitos, ela explicita a Democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o seu poder diretamente, ela exprime a Democracia direta. Da conjugação da Democracia representativa e Democracia direta temos um modelo misto de Democracia *semidireta*, que nada mais é senão uma Democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional. Da Democracia *semidireta* se desenvolve a chamada Democracia participativa.

Ora, a Constituição de 1988, no art. 14, estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (eis a Democracia representativa), e, nos termos da

11. Conferir a importante obra de Paulo Bonavides: *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular (eis os institutos da Democracia semidireta). *Plebiscito* é consulta popular prévia acerca de determinada questão política ou programa governamental; *referendo* é consulta popular *a posteriori* destinada a obter do povo a ratificação ou não de proposta legislativa já aprovada ou programa já adotado; e *iniciativa popular* é prerrogativa atribuída ao povo de diretamente apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo, atendidas certas condições.

6. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

6.1. O Poder político e as funções estatais

A noção de Poder desafia a lógica. Seu significado, longe de ser exato e determinado, está repleto de incerteza. Normalmente, costuma-se apontá-lo com os termos – que são só auxiliares – de “dominação”, “força”, “superioridade”, “autoridade”, “influência”, “soberania”, “império”¹². O Poder é fato da vida social. Não há sociedade sem o Poder, haja vista que ele é imprescindível para regular a conduta dos indivíduos nas suas relações entre si ou com a coletividade. Na sociedade civil, fala-se de um Poder social. Na sociedade política, em especial no Estado, fala-se de um Poder político, como autêntica manifestação da soberania estatal. Aqui, todas as atenções serão dispensadas, obviamente, ao Poder político.

Não obstante as dificuldades no início confessadas, a primeira noção que se pode oferecer acerca do Poder é a de “capacidade de impor a própria vontade numa relação social”¹³ ou “a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”¹⁴. O Poder é, sem dúvida, um *fenômeno sociocultural* que se baseia tanto na força como na crença. Crença na necessidade de obedecer aos governantes. Especificamente sobre o Poder político, Marcello Caetano o entende como “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”¹⁵.

O Poder invariavelmente é dotado de duas características: a) é um *fenômeno social* (porque concebido somente no âmbito social), e b) é *sempre bilateral* (porque é sempre uma correlação entre duas ou mais vontades: a vontade dos dominantes e a vontade dos dominados). Nesse sentido, pode-se afirmar, com Loewenstein, que o Poder é uma relação sociopsicológica, baseada

em um recíproco efeito entre os detentores do Poder e os seus destinatários. Assim, segundo o autor

“En la sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder. Por control social, en el estricto sentido de la ciencia política contemporánea, se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer dicha decisión.”¹⁶

O Poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houve-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado¹⁷. O que correntemente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado¹⁸. Deveras, como o Poder é uno e indivisível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais¹⁹. Insistimos: não é o Poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.

Aqui, muito objetivamente, podemos esclarecer que a função legislativa ocupa-se em inovar a ordem jurídica, como a formulação de regras gerais e abstratas. A lei é o resultado típico do exercício desta função. A função executiva destina-se a gerir os negócios públicos, por meio de uma atividade administrativa, desenvolvida para dar cumprimento ou execução, de ofício, ao estabelecido na lei. Finalmente, a função judicial está reservada à composição dos conflitos de interesses, com a aplicação da lei aos casos controvertidos, cujo

16. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 26-27.

17. A separação de Poderes de que se cuida é aquela que consiste na repartição *horizontal* do Poder (ou seja, de órgãos e funções), para diferenciá-la da repartição *vertical* (repartição de competência entre os entes estatais: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

18. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 55.

19. Nesse sentido, TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, p. 572: “É incorreto, portanto, falar-se em ‘divisão do poder político’, pois este não se divide. Dividem-se as *funções*, os atos em que se concretiza o exercício do poder”. Todavia, não tem este trabalho a pretensão de travar uma discussão teórica sobre o tema, de modo que ora falará em separação de funções estatais ou do Poder político, ora em separação de Poderes.

12. CHALITA, Gabriel. *O Poder*, p. 07.

13. CHALITA, Gabriel. *O Poder*, p. 11.

14. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, p. 05.

15. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, p. 130.

propósito é resguardar o ordenamento jurídico, por meio de decisões individuais e concretas, derivadas das normas gerais.

6.2. Antecedentes históricos da teoria clássica da separação das funções estatais

Desde a antiguidade, com Aristóteles, já se sugeria a separação das funções do Poder político, como meio para se alcançar a felicidade humana. Em sua clássica obra *A Política*, Aristóteles identificava três partes distintas que compõem todo governo: a que cuida “da deliberação sobre assuntos públicos”; “a que trata das funções públicas”; e “a que trata de como deve ser o poder judiciário”.²⁰ Para além disso, ele indicava seis formas de governo, de conformidade com o número de detentores do Poder e do interesse que dirigisse a atuação dos governantes: a Monarquia, em que o Poder se concentra em uma só pessoa; a Aristocracia, em que o Poder se divide entre um pequeno número de pessoas e a Democracia, em que o Poder se atribui ao povo. Essas formas de governo, quando degeneradas, transformam-se, respectivamente, em tirania, oligarquia e oclocracia. Aristóteles, contudo, considerou como ideal a forma “mista” de governo, baseada na classe média, pois só assim era possível estabelecer um equilíbrio no Poder político, por meio da incorporação das diversas classes sociais em correspondentes instituições governamentais.

Contudo, em que pese a idéia de separação de Poderes remontar à antiguidade clássica, é a teoria da constituição mista que representa a raiz histórica remota da doutrina²¹.

Em tempos mais recentes, deve-se a John Locke²² a teoria original da separação das funções estatais, quando aquele filósofo inglês, na célebre obra *Two Treatises of Government*, surgida em 1690, sustentou os princípios de

20. *A Política*, Livros III e VI.

21. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 78.

22. Compartilhamos o entendimento que considera Locke o autor original da doutrina separacionista. Entretanto, há quem entenda ser Locke tão-somente um mero precursor dessa doutrina, creditando sua autoria a Montesquieu. Essa divergência é natural, pois decorre, segundo assinala Nuno Piçarra, da compreensão que se tenha sobre a verdadeira versão da citada doutrina. Assim, segundo o autor, op. cit., p. 78, só “não veria em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluam um poder judicial autônomo e sublinhem idéias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais idéias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à idéia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes – amálgama de constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes –, em que se inspirará a versão de Montesquieu”.

liberdade política da gloriosa revolução inglesa de 1688 e impugnou o absolutismo real.

Locke parte da existência de um *estado de natureza*, em que os homens eram, por natureza, livres e iguais e se subordinavam apenas à lei natural. Mas impelidos pela necessidade de segurança e convivência disciplinada, os indivíduos agruparam-se em comunidades ordenadas em sociedades políticas, com governo instituído, em que o *Poder Legislativo* é considerado o Poder supremo²³, com a função de elaborar as leis e de determinar o modo como há de ser empregada a força da comunidade para proteção de si mesma e de seus membros. Mas, além do Poder Legislativo, “posto nas mãos de várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar leis”²⁴, foi concebido um Poder separado, o *Executivo*, subordinado àquele, exatamente para o exercício permanente de executar essas leis vigentes. Locke ainda identifica um outro Poder, que ele chama ora de *Federativo* ora de *Natural*, cuja função consiste em declarar a guerra e a paz, de constituir ou desconstituir ligas e alianças, e de comandar todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade. Este Poder Federativo ou Natural, embora distinto do Poder Executivo, uma vez que lhe cabe “a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos”, pois “seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas”.²⁵ Também se refere a um Poder que denomina de *Prerrogativa*, que consiste na faculdade de agir discricionariamente, sempre em favor do bem público, quando surgirem questões para as quais a lei não tenha previsto soluções, ou até mesmo agir contra a própria lei. A Prerrogativa deve ser atribuída ao Poder Executivo.

23. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 109-110. Embora supremo, o poder legislativo está subordinado à comunidade, ao povo, que conserva para sempre o “poder supremo de se salvar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos. (...) Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo. (...) Em qualquer caso, enquanto vigora um governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior; e uma vez que o legislativo é superior apenas pelo trabalho de fazer leis válidas para todos os membros da sociedade, prescrevendo regras às suas ações, e acionando o poder executivo quando as transgredem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados”.

24. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 106.

25. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, p. 107.

Os Poderes Legislativo e Executivo devem ser confiados a órgãos distintos, pois poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana, tão sujeita à ambição, atribuir aos mesmos que têm a missão de elaborar as leis, também o poder de executá-las. Enquanto o Legislativo reúne-se por tempo limitado, o Executivo necessariamente deve ser permanente, uma vez que, embora nem sempre se faz preciso elaborar uma nova lei, a execução das leis existentes é constante. Locke não se refere ao Poder Judiciário, deixando a crença de que, para ele, o Judiciário estava no âmbito do Poder Executivo.

Em suma, podemos afirmar que, para Locke, só havia dois Poderes, propondo uma separação *dual*: o Legislativo e o Executivo. O Executivo, porém, açambarcando a função *executiva*, a função *federativa* e a *prerrogativa*.

Todavia, foi o filósofo francês Montesquieu que, inspirado em Locke, sistematizou, em termos definitivos, as diferentes funções estatais agrupando-as junto a organismos estatais distintos, defendendo a idéia de poder limitado e, portanto, de um governo moderado. Vemos, desde logo, que a idéia motivadora da doutrina de Montesquieu foi o pessimismo antropológico que dominou a Inglaterra, consistente na aceitação de que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites. No Livro XI de sua célebre obra *De l'esprit des Lois*, elaborada em 1747, e tornada pública em 1748, o escritor francês declina seu objetivo de esboçar as linhas fundamentais da organização política necessária à garantia da liberdade. Afirma, no Capítulo III, que a liberdade não é fazer o que se quer, mas fazer "tudo o que as leis permitem" e, no Capítulo IV, deixa claro que a liberdade política só se encontra nos governos moderados e, mesmo assim, quando não se abusa do poder. Ele admite, assim, que o homem investido no poder tende a dele abusar, até que encontre limites; e que o poder só pode ser limitado por outro poder. Assim, sustenta a necessidade de um outro poder capaz de limitar o próprio poder: *le pouvoir arrête le pouvoir*.

No Capítulo VI, analisando a Constituição da Inglaterra, diz o filósofo iluminista que, em cada Estado, existem três tipos de Poder, a saber, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, incumbidos do desempenho de funções distintas: a função de legislar, a função de administrar e a função de julgar. Observemos, portanto, que diferentemente de Locke, que sugere uma separação *dual*, Montesquieu propõe uma divisão *tríplice*. O Poder Legislativo cria as leis e corrige ou anula aquelas que foram feitas. O Poder Executivo celebra a paz ou declara a guerra, envia ou recebe embaixadores, instaura a segurança, previne invasões. O Poder Judiciário julga os crimes ou os conflitos entre os particulares. E atenta para o fato de que, num Estado, para que exista liberdade política, é imperioso que estes três

Poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão ou único homem. Tudo estaria perdido se o mesmo homem exercesse os três Poderes. Quando na mesma pessoa reúnem-se os Poderes Legislativo e Executivo, não existe liberdade, porque, segundo o filósofo

"se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor."²⁶

É necessário, pois, que os Poderes se repartam por entre órgãos distintos, de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Cada Poder, portanto, tem a *faculdade de estatuir* sobre os assuntos afetos à suas funções, ou seja, tem "o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem"; e dispõe, outrossim, da *faculdade de impedir* que os outros Poderes invistam contra o equilíbrio constitucional das funções estatais, anulando as suas ações ilegais. Montesquieu, portanto, preconizava fundamentalmente, para além de uma divisão de funções, a idéia de uma recíproca limitação dos poderes, e isso só era possível num ambiente em que os poderes distintos fossem exercidos por órgãos também distintos.

Relativamente ao Poder Judiciário, Montesquieu entendia que a função de julgar deveria ser exercida por pessoas tiradas das camadas populares, em certos momentos do ano, conforme disposição da lei e não por magistrados profissionais, de forma que se lhes garanta a necessária imparcialidade e o respeito do povo. Essas pessoas do povo comporiam um tribunal não fixo, ou seja, que só dure o tempo que a necessidade requer, embora os julgamentos devam ser duradouros e nunca podem ir além do que a lei prescreve. Assim dizendo, para ele, os juízes são apenas e nada mais do que a "boca que pronuncia as palavras da lei"; são seres inanimados, que não podem moderar, com juízos de equidade, nem a força nem o rigor da lei, atribuição que só cabia ao legislativo, por meio de sua câmara alta. Montesquieu, no particular, defende a concepção mecanicista da função judicial. Ademais, o Poder Judiciário, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se invisível e nulo, de tal sorte que não "se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados". Como um Poder "nulo" e "invisível", ou seja, como um Poder sem poder, o Judiciário não necessita de controles.

26. *O Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo IV, p. 168.

O Poder Executivo deve ser confiado a uma só pessoa, porque essa parte do governo, que reclama quase sempre uma ação imediata, é melhor administrada por um do que por vários. Já o Poder Legislativo é mais bem ordenado por muitas pessoas do que por uma só. Esse Poder será confiado a duas câmaras: o corpo dos nobres, que deve ser hereditário e integrado por pessoas distinguidas pelo nascimento, riquezas e honrarias, cujos interesses não se confundem com os do povo (a câmara alta), e o corpo que for escolhido para representar o povo (a câmara baixa), cada um tendo as suas assembléias e emitindo suas deliberações em separado, de tal sorte que um corpo legislativo controla o outro com sua mútua *faculdade de impedir*.

O Poder Executivo não deve participar da legislação, salvo com a sua *faculdade de impedir*, jamais de *estatuir*, a votação de leis inexecutáveis ou contrárias ao interesse do Estado, sem o que ele seria despojado de suas prerrogativas. Por outro lado, o Poder Legislativo tem o direito de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas.

Eis então, para Montesquieu, a constituição fundamental do governo: "Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo", num controle recíproco. Assim, conforme firme posição do Barão francês, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário "deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente".²⁷ O que desejava o autor era um ambiente de paralisia (ele usa as expressões "repouso" e "inação"), porém, pelo movimento forçado das coisas, como os três Poderes são forçados a avançar, que o façam em harmonia.

Realçamos que o autor preocupava-se mais com os Poderes Legislativo e Executivo, únicos para ele "visíveis", sobretudo com o exercício da função legislativa, cuidando de propor um mecanismo de "freios recíprocos" (*checks and controls, checks and balances*), que instaurasse e assegurasse o equilíbrio institucional do sistema que projeta, visando um verdadeiro "equilíbrio dos poderes" (*equilibrium of powers*), de modo que o critério adotado não era o da separação absoluta, mas tão-somente uma separação relativa, onde se propiciava uma interpenetração de competências e interferências recíprocas.²⁸ Isto é, a idéia subjacente à sua teoria da divisão de poderes consis-

27. *O Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo IV, p. 176.

28. Não é verdade, portanto, como muitas vezes se tem afirmado, que Montesquieu haja louvado uma separação absoluta, rígida, entre os poderes. Efetivamente, como comenta Nuno Piçarra, op. cit., p. 107, "a dimensão político-social da doutrina de Montesquieu foi durante muito tempo obnubilada,

tia em criar um sistema de compensações, evitando que uma só pessoa ou órgão viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado²⁹. Ao Poder Judiciário o autor não dispensava maiores preocupações, dando-lhe um tratamento de neutralidade. E isso era natural porque, na visão do filósofo, o Poder Judiciário não suscitava maiores ameaças à estabilidade do sistema, devido ao seu papel invisível e inanimado de ser tão-somente a boca que pronunciava as palavras da lei. À vista de seu pensamento, percebemos que ele esquematiza os três Poderes em torno da idéia de lei: o Legislativo faz a lei (daí dispensar maior importância a esse Poder), o Executivo a executa e o Judiciário a aplica contenciosamente.

O pensamento de Montesquieu muito influenciou na elaboração da Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, cujos autores adotaram um modelo constitucional que conciliava as exigências da separação de Poderes e as idéias concernentes a um controle mútuo (*checks and balances*), que tornasse possível aos órgãos do Estado impedirem-se (*faculdade de impedir*) reciprocamente³⁰.

Foi, contudo, na Revolução francesa que a doutrina da separação tornou-se, definitivamente, dogma universal. Com efeito, no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, se afirma que "*Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição*". Desde então, o princípio da separação de Poderes passou a ser elemento capital e caracterizador das constituições dos Estados Democráticos.

tendo dado origem ao 'mito da separação dos poderes', que toda uma escola de juristas de formação positivista se dedicou a desenvolver, particularmente no fim do século XIX e no princípio do século XX". Aliás, Montesquieu jamais propôs uma efetiva separação de Poderes, mas simplesmente uma divisão de funções, com o objetivo de promover um *equilíbrio* entre os três poderes distintos, de modo que a "separação de Poderes" não passa de um mito, que precisa ser desfeito.

29. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 250.

30. Segundo Thomas M. Cooley, *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, p. 51, "Quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só, que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução delas, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importância teórica, pela simples razão de que nada do que possa ter influência real sobre a felicidade e o bem-estar do povo poderá depender disso. Mas, já que um governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente, tem de ser um governo absoluto, no qual é muito provável que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negócios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma máxima na ciência política que, para conseguir o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do governo devem ser classificados segundo a sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a ação dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possível o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaisquer tentativas de tirania. Por isto, temos os freios e os contrapesos do governo, supostos como essenciais à liberdade das instituições".

Devemos, entretanto, enfatizar que não basta a divisão de funções do Poder político, pois essas diferentes funções podem ser exercidas, de forma concentrada, por um único órgão. É necessário algo mais: que essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos, da forma a mais especializada possível, todos situados num mesmo plano, sem haver qualquer relação de subordinação entre eles. Ou seja, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de acção”.³¹ Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na *separação funcional* (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na *separação orgânica* (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

A idéia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco as liberdades. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder.

6.3. A separação das funções estatais nas Constituições brasileiras

Se a concentração de Poderes é nociva tanto ao próprio Estado como aos direitos fundamentais do cidadão, decerto que um modelo constitucional equilibrado e moderado deve se pautar por um *distribuição de funções estatais entre órgãos estatais distintos e especializados*, de tal sorte que, como já recomendava Montesquieu, *le pouvoir arrête le pouvoir*, ou seja, os órgãos do Estado, na técnica de seu funcionamento, controlem-se e limitem-se mutuamente. Atentas a essa circunstância histórica, todas as Constituições brasileiras consagraram o princípio da separação de Poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado, essencial à instituição e manutenção de um governo constitucional moderado e preocupado com os direitos fundamentais.

31. CAETANO, Marcello. op. cit., p. 193.

A Constituição do Império, de 1824, já proclamava que “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º). Adotando a separação quadripartita de poderes segundo a formulação de Benjamin Constant, afirmava que “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: O Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (art. 10) e que o Poder Moderador era “a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador” para que vele pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes (art. 98).

A Constituição de 1891, já sob a formulação tripartita de inspiração montesquieuniana, dispunha que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (art. 15). Não obstante a independência anunciada, a doutrina reconhece que, na prática política, houve prevalência do Executivo sobre os demais poderes, em razão da “ação poderosa do presidente da República”, motivo pelo qual os constituintes de 1933/34 conferiram ao Legislativo certa ascendência sobre os outros dois poderes³², como veremos a seguir.

A Constituição de 1934 estabeleceu que “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (art. 3º). Previu, ademais, que “É vedado aos Poderes constitucionais delegar as suas atribuições” (§ 1º do art. 3º) e que “O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” (§ 2º do art. 3º). O Legislativo passou a desfrutar de certa hegemonia em relação aos outros poderes, uma vez que coube ao Senado a função de “coordenar os Poderes federais entre si” (art. 88), gozando de atribuições excepcionais de controle da atividade governamental.

A Carta autoritária de 1937 não definiu, expressamente, o dogma da separação dos poderes. Apenas previu que “O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição” (art. 38). Essa Carta concedeu um *superpoder* ao Presidente da República, numa verdadeira “ditadura constitucional”, pois podia ele, por exemplo: a) dissolver a Câmara dos Deputados, se esta não aprovasse as medidas do estado de sítio (art. 75, b; art. 167, parágrafo único); b) sustar o andamento de projeto

32. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, p. 225.

de lei no Parlamento, sob a alegação de que havia outro em estudo (art. 64, § 2º); c) tornar sem efeito, por intermédio do Parlamento, decisões do Poder Judiciário (art. 96, parágrafo único); d) praticar atos durante o estado de emergência ou de guerra, dos quais o Poder Judiciário não podia conhecer (art. 170).

A Constituição de 1946, retomando a Democracia, estabeleceu que "São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si" (art. 36). Idêntica fórmula foi fixada nas Constituições de 1967 (art. 6º), na Emenda nº 01/69 (art. 6º) e na Constituição de 1988 (art. 2º).

6.4. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de Poderes

Atualmente, entre nós, a separação de Poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica – no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções –, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há "interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados".³³

Esse sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por Montesquieu, consoante acima sublinhado, como uma providência necessária que tornasse possível que *le pouvoir arrête le pouvoir*.

No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado, *exempli gratia*, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público – quando estes e aquelas ofenderem o texto magno – e pelo poder de deflagrar o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para certas matérias; o poder que tem o Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participar do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa que tem, seja pela prerrogativa de

solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de sua iniciativa e de nomear certos membros do Judiciário; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem este Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo, de rejeitar os vetos apresentados por este, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o *impeachment* do Presidente da República, dos Ministros de Estado quando conexos àquele, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.

Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções "típicas", há outras, chamadas de funções "atípicas", que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. Ora, não seria tolerável, por exemplo, que os Poderes Legislativo e Judiciário, para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços e órgãos, devessem esmolar ao Executivo. *Demais disso, há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias funções típicas, necessita um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder.*

Por isso que, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, pode o Executivo realizar as funções atípicas de legislar (ex.: editar atos normativos, como decretos regulamentares, medidas provisórias e leis delegadas; iniciativa legislativa) e julgar (ex.: rever seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os; decidir processos administrativos fiscais e disciplinares); assim como pode o Legislativo, além de desempenhar a sua função típica de legislar, exercer as funções atípicas de julgar (ex.: o Presidente da República, os Ministros do STF, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República por crime de responsabilidade) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores); e, finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex.: elaborar o seu regimento interno, com observância

33. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 114.

das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; iniciativa legislativa) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Tudo isso só torna evidente que não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo. A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira *coordenação* ou *colaboração* ou *co-participação* entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.

Ressaltamos que essa participação de um Poder na função típica de outro não destrói nem infirma ou ameaça a separação das funções estatais, que, relembramos, não é absoluta, mas tão-somente *relativa*. Essa participação vem simplesmente completar a idéia subjacente da separação de poderes, “de modo a coordenar o mecanismo do poder”³⁴. Assim, embora de forma subsidiária, cada Poder pode exercer função que originariamente pertence aos demais³⁵.

Se cada função estatal (a legislativa, a executiva e a judiciária) fosse confiada *exclusivamente* aos órgãos correspondentes (ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, respectivamente), sem a possibilidade de nenhuma participação secundária de qualquer órgão, na função típica ou principal

34. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 582.

35. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit., p. 253. Demais disso, de atentar-se para a escorregadia advertência feita por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*, p. 08/09, em nota de rodapé: “Não se afigura mais possível falar em ‘tripartição de funções’. Esta quantificação se justifica apenas diante da separação orgânica das funções judiciárias, legislativas e administrativas, titularizadas por três ‘poderes’. Entretanto, a partir da possibilidade de que cada qual destes poderes exerça mais do que uma única função, não há razão para dizer que elas se resumem a três. Tome-se, por exemplo, o Poder Legislativo, que tem por funções típicas a legislação e a fiscalização. Só a partir deste exemplo já seria possível dizer que há quatro funções essenciais num Estado Democrático de Direito: a legislativa, a fiscalizatória, a judiciária e a executiva”

de outro, haveria, sem dúvida, a indesejada separação absoluta ou rígida de funções, que implicaria um *isolamento* entre estas e a ausência de colaboração, e ainda daquelas limitações recíprocas ou freio e contrapesos “tão necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade”³⁶. Uma doutrina separacionista, que pregue uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, por certo não atingirá a plenitude de seus fins. E para que tais fins sejam logrados, segundo escorreito levantamento de Meirelles Teixeira, os

“órgãos legislativos deverão participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; e atos de natureza judiciária serão, excepcionalmente, distribuídos à competência de órgãos legislativos e executivos; e, reciprocamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva poderão, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário.”³⁷

Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência³⁸, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.

É bem verdade, e isso não se ignora, que o dogma da separação de Poderes varia na conformidade de cada ordenamento jurídico em particular. Ele é, portanto, um *princípio constitucional concreto*. Evidentemente, ele não é o mesmo na ordem jurídico-constitucional norte-americana em face da portuguesa ou alemã, nem na francesa ante a ordem jurídica brasileira ou inglesa. Todavia, há um consenso universal: a separação de Poderes, em virtude de

36. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 584.

37. Ibidem, mesma página.

38. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. op. cit., p. 585.

sua essência e finalidade, preside à distribuição de funções entre os vários órgãos do Estado, estabelecendo o equilíbrio político e a limitação do Poder, com vistas a proteger a liberdade e o bem comum.

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos³⁹, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros. Relativamente à Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente *dirigente* da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estar Social, uma *nova leitura* sobre o vetusto dogma da separação de Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um *efeito paralisante*⁴⁰ às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido, “para poder continuar servindo ao seu escopo original de

39. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 514. Também nesse sentido, Luís Roberto Barroso assegura que, sob o ponto de vista jurídico, o dogma da “separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui. Aliás, a análise deste princípio magno do liberalismo, desde a sua origem, passando pelo direito comparado – especialmente a atividade criadora da jurisprudência norte-americana – e vindo até a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, revela que ele está longe de apresentar uma ‘rigidez dogmática’” (*O Direito Constitucional*..., op. cit., p. 166).
40. Nesse sentido, precisa é a crítica de José Eduardo Faria, em ‘As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais’. In: José Eduardo Faria, (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 56. Ouçamo-la: “apesar dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, a magistratura continua com uma cultura técnico-profissional defasada, incapaz de entendê-los e, por consequência, de aplicá-los”. Em outro texto, ‘O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira’. In: José Eduardo Faria, (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 111, o autor tece os seguintes comentários: “Considerada a partir de seu *ethos* cultural, corporativo e profissional, a magistratura brasileira tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos. Apenas a base da magistratura brasileira, por meio de alguns poucos – porém expressivos – juízes de primeira instância, é que tem tentado promover certas mudanças”.

garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.⁴¹

7. PRINCÍPIOS FUNDAMENTOS DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição de 1988, no art. 1º, inscreve como *Fundamentos* da República Federativa do Brasil: (I) a *soberania*; (II) a *cidadania*; (III) a *dignidade da pessoa humana*; (IV) os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa*; (V) o *pluralismo político*.

A *soberania* aqui tratada é a soberania nacional, enquanto poder do Estado *supremo e independente*. É um poder supremo em relação aos indivíduos e grupos que formam a população do Estado; é independente relativamente ao poder de outros Estados. A soberania, assim, é geralmente considerada sob esses dois aspectos: *interno* e *externo*. Internamente, a soberania é o poder mais elevado dentro do Estado; externamente, significa que nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência entre eles, mas sim igualdade. Esses dois aspectos, todavia, não revelam duas soberanias. A soberania é uma só. A primeira obra teórica acerca do conceito de soberania foi “*Les Six Livres de la République*” (Os Seis Livros da República), de Jean Bodin, publicada em 1580. Segundo este autor, soberania é um poder *absoluto e perpétuo* de uma República. Historicamente, o conceito de soberania se originou em consequência da longa luta travada pelos Reis da França, internamente, por impor sua autoridade aos barões feudais (que exerciam à época seus poderes absolutos em seus feudos) e, externamente, para se emanciparem da tutela do Santo Império Romano Germânico (num primeiro momento), e do Papado (num segundo momento).

A *cidadania* como fundamento do Estado não se reduz ao conceito de nacional no gozo de direitos políticos (a chamada *cidadania política* prevista no art. 14). É muito mais do que isso, pois visa qualificar todas as pessoas como titulares de direitos frente ao Estado, reconhecendo o indivíduo como parte integrante e indissociável da sociedade.

A *dignidade da pessoa humana* assume relevo como *valor supremo*⁴² de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais

41. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

42. Conferir STF, HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-05, DJ de 29-4-05: “A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio

da pessoa humana. É uma "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".⁴³

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁴⁴ são também fundamentos da ordem econômica que visam assegurar a importância do trabalho humano, como valor social, e a liberdade de iniciativa econômica, como valor de produção e desenvolvimento.

Finalmente, o pluralismo político é fundamento que assegura a realização dos postulados democráticos, garantindo a multiplicidade de opiniões, de crenças, de convicções e de idéias, que se manifestam normalmente por instituições como as associações, as entidades sindicais e, em especial, os partidos políticos.

8. PRINCÍPIOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO BRASILEIRO

No art. 3º, a Constituição Federal relaciona os seguintes *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil: (I) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, visando inegavelmente realizar os postulados da Justiça Social, situação que vem a ser confirmada pelos arts. 170 e 193 de seu texto; (II) *garantir o desenvolvimento nacional*⁴⁵; (III) *erradicar a pobreza*

essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo."

43. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62. Vide também sobre o tema, a excelente obra de Nelson Rosenvald. *Dignidade da Pessoa Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

44. STF, RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-05, DJ de 5-8-05: "O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor".

45. STF, ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, DJ de 3-2-06: "A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais⁴⁶ e regionais, através de um conjunto de ações afirmativas; e (IV) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Com esses objetivos, a Constituição impõe ao Estado a construção e organização de uma sociedade fraterna onde as pessoas possam, com iguais oportunidades, desenvolver as suas potencialidades e gozar dos mesmos bens materiais e espirituais, sem qualquer tipo de preconceito, seja de que ordem for.

9. PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

No seu art. 4º, a Constituição de 1988 estabelece os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. São eles:

I – *Independência nacional*, que na verdade corresponde ao próprio conceito de soberania nacional, examinado acima.

II – *Prevalência dos direitos humanos*, situação que mostra o compromisso do Estado brasileiro com a proteção e efetividade dos direitos humanos fundamentais, quer no âmbito interno, quer no âmbito externo.

III – *Autodeterminação dos povos*, que repele qualquer idéia de colonização ou de tutela internacional dos povos de uma nação livre.

IV – *Não-intervenção*, que rejeita qualquer intenção de o Estado brasileiro interferir nos negócios atinentes e particulares de outro Estado, sem a permissão deste.

entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações."

46. STF, ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-93, DJ de 30-4-93: "Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros".

V – *Igualdade entre os Estados*⁴⁷, em razão do respeito recíproco que a noção de soberania impõe.

VI – *Defesa da paz*, pois esse é o objetivo maior no mundo civilizado.

VII – *Solução pacífica dos conflitos*, que é princípio conexo com o anterior. Destina-se a garantir o prévio exaurimento das vias diplomáticas na tentativa de compor os conflitos internacionais sem o recurso à guerra. Contudo, a adoção do princípio em tela não constitui obstáculo incontornável a que o Brasil recorra às armas para a defesa dos seus interesses no cenário internacional, até porque a própria Constituição autoriza o Presidente da República a declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional (art. 84, XIX).

VIII – *Repúdio ao terrorismo*⁴⁸ e ao racismo.

47. STF, ACO 543-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-8-06, DJ de 24-11-06: "Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coreia. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos. Precedentes: ACO 524-AgR, Velloso, DJ de 9-5-2003; ACO 522-AgR e 634-AgR, Ilmar Galvão, DJ de 23-10-98 e 31-10-2002; ACO 527-AgR, Jobim, DJ de 10-12-99; ACO 645, Gilmar Mendes, DJ de 17-3-2003." No mesmo sentido: ACO 633-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-4-07, DJ de 22-6-07. Todavia, vide STF, RE 222.368-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-4-02, DJ de 14-2-03: "Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para contestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a Justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros."

48. STF, Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-04, DJ de 1º-7-05: "O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política."

IX – *Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*.

X – *Concessão de asilo político*⁴⁹, que consiste na proteção oferecida pelo Estado a estrangeiro perseguido por crime político no país em que se encontra. A Lei nº 6.815/80 disciplina a condição do asilado. Prevê que o estrangeiro admitido no território nacional na condição de asilado político ficará sujeito, além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional, a cumprir as disposições da legislação vigente e as que o Governo brasileiro lhe fixar (art. 28). Também que o asilado não poderá sair do País sem prévia autorização do Governo brasileiro (art. 29), sob pena de importar em renúncia ao asilo e impedir o reingresso nessa condição.

49. STF, Ext 524, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-90, DJ de 8-3-91: "Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada."

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais. Em busca de um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais – 3. A teoria dos quatro *status* de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais: 3.1. Função de defesa ou de liberdade; 3.2. Função de prestação; 3.3. Função de proteção perante terceiros; 3.4. Função de não discriminação – 4. Antecedentes históricos e evolução dos direitos fundamentais: 4.1. Considerações iniciais; 4.2. As Declarações de Direitos: 4.2.1. A Magna Carta; 4.2.2. A *Petition of Rights*; 4.2.3. O *Habeas Corpus Act*; 4.2.4. O *Bill of Rights*; 4.2.5. O *Act of Settlement*; 4.2.6. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia; 4.2.7. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; 4.2.8. A Declaração Universal dos Direitos do Homem; 4.3. A evolução dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração ou dimensão: 4.3.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão: os direitos civis e políticos; 4.3.2. Os direitos fundamentais de segunda dimensão: os direitos sociais, econômicos e culturais; 4.3.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão: os direitos de solidariedade; 4.3.4. Os direitos fundamentais de quarta dimensão: o direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia; 4.3.5. Os direitos fundamentais de quinta dimensão: o direito à paz mundial; 4.4. Considerações finais – 5. Fundamentos dos Direitos Fundamentais – 6. A constitucionalização das declarações de direitos, a função legitimadora dos direitos fundamentais e seu regime jurídico-constitucional reforçado – 7. Características dos direitos fundamentais – 8. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais – 9. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas” ou “eficácia privada dos direitos fundamentais” ou “eficácia externa dos direitos fundamentais”) – 10. Os direitos fundamentais e suas garantias.

“Aunque están sometidas a una interpretación variable debido a la diferencia del ambiente donde estén en vigor, estas garantías fundamentales son el núcleo inviolable del sistema político de la democracia constitucional, rigiendo como principios superiores al orden jurídico positivo, aun cuando no estén formulados en normas constitucionales expresas. En su totalidad, estas libertades fundamentales encarnan la dignidad del hombre” (Karl Loewenstein¹).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade². Não há

1. *Teoría de la Constitución*, p. 390.

2. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais*, p. 104.

falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma³.

Por essa razão, o reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais – como salienta Karl Loewenstein⁴ – são o núcleo essencial da democracia constitucional. Os direitos fundamentais, portanto, segundo escólio do autor,

“encarnan la distribución del poder sin la que la democracia constitucional no puede funcionar. Cuanto más amplios sean estos ámbitos y más intensa sea su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder. Reconocimiento y observancia de las libertades fundamentales separan el sistema político de la democracia constitucional de la autocracia.”⁵

Convertidos em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).

2. DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. EM BUSCA DE UM CONCEITO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há consenso doutrinário no terreno terminológico e conceitual dos direitos fundamentais. É muito comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, o uso de variadas expressões e de diferentes sentidos para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e enquanto cidadão. Expressões como liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, direitos fundamentais, entre outras, são empregadas indistintamente⁶, sem a mínima delimitação científica. Tudo isso deve-se,

3. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 528.

4. Op. cit., p. 392. No mesmo sentido, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 01.

5. LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., mesma página.

6. Incisiva é a crítica de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 514: “A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

sobremodo, à contínua e progressiva ampliação e transformação histórica dos direitos fundamentais. Por essa razão, revela-se interessante uma breve análise das expressões mais conhecidas e difundidas no âmbito da teoria geral dos direitos fundamentais, a fim de que se permita encontrar e delimitar aquela que seja a mais adequada, que certamente será a mais abrangente e, conseqüentemente, tenha a virtude de compreender todo um catálogo de posições jurídicas favoráveis à pessoa, em todas as suas dimensões, e tenha conteúdo significativo vantajoso.

Cumprido, desde logo, declinar a nossa preferência pela expressão “direitos fundamentais” àquelas outras muito utilizadas em doutrina, tais como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos humanos”, entre outras. Essa opção terminológica se dá não só por questões pragmáticas, pois é a terminologia adotada pela Constituição de 1988⁷, como por questões eminentemente técnicas, haja vista que a expressão *direitos fundamentais*, como veremos em seguida, é mais abrangente, compreendendo todas as outras. Vejamos as expressões.

- a) A expressão *liberdades públicas* surgiu na França, no final do século XVIII e foi empregada expressamente no art. 9º da Constituição de 1793, segundo o qual “la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent”. Note-se que, originariamente, essa expressão foi usada no singular e reiterada na exposição de motivos da Constituição de 1814. Não obstante, a doutrina francesa foi generalizando o uso da expressão no plural (*libertés publiques*) ao teorizar os “Droits publics des français” previstos nos artigos 1º ao 12º dessa Constituição de 1814. Entretanto, foi somente com a Constituição do II Império de 1852, no art. 25, que o termo em plural foi reconhecido em texto constitucional⁸. Ele é empregado pela doutrina francesa para designar um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do Estado. A

7. Ao optar por adotar a expressão “direitos fundamentais”, a Constituição de 1988 se inspirou, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976, além de seguir os passos da Constituição da Espanha de 1978, da Turquia de 1982 e da Holanda de 1983, rompendo uma tradição do nosso direito constitucional positivo. Com efeito, na Constituição de 1824, utilizou-se a expressão “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” (Título 8º); a Constituição de 1891 adotou a expressão “Declaração de Direitos” (epígrafe da Seção II do Título IV); a Constituição de 1934 falava de “Direitos Políticos” e “Direitos e Garantias Individuais” (Capítulos I e II do Título III); a expressão “Direitos e Garantias Individuais” foi mantida nas Constituições de 1937 (arts. 122 e 123) e 1946 (Capítulo II do Título IV), bem como pela Constituição de 1967 e sua EC nº 01/69 (Capítulo IV do Título II).

8. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 35-36.

expressão *liberdades públicas*, entretanto, é muito limitada, pois não compreende os direitos sociais e econômicos⁹. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e por meio delas busca-se defender o indivíduo contra a ingerência estatal.

Para alguns setores da doutrina, os direitos fundamentais e as liberdades públicas são a mesma coisa. Todavia, para outros segmentos doutrinários, há uma nítida distinção entre eles, em face do caráter estritamente jurídico-positivo das liberdades públicas, segundo apontam, apesar de algumas divergências. Assim, para Claude-Albert Colliard, as liberdades públicas são direitos positivos que tendem a reconhecer uma esfera de autonomia em favor dos indivíduos, negando esse autor a existência de qualquer direito superior à ordem jurídica positiva: "La théorie des libertés publiques, c'est-à-dire la reconnaissance à l'individu de certains droits, relève du droit positif et non du droit naturel: il n'y a pas de droit supérieur à la législation positive".¹⁰ Jean Rivero, contudo, embora concordando que as liberdades públicas são poderes de autodeterminação reconhecidos pelo direito positivo, afirma que, a despeito disso, as liberdades públicas também se vinculam às exigências do direito natural: "Les libertés publiques sont des droits de l'homme que leur consécration par l'Etat a fait passer du droit naturel au droit positif".¹¹ Já *liberdades fundamentais*, ainda mais restrita, referem-se apenas a algumas liberdades, não a todas.

- b) A terminologia *direitos individuais* está associada ao indivíduo isoladamente considerado, indicativa dos direitos civis apartados dos direitos políticos. Ela reflete a filosofia individualista do liberalismo que fundamentou o aparecimento das declarações setecentistas. Na Constituição Brasileira, é usada para exprimir alguns direitos fundamentais referentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Segundo Pablo Lucas Verdú, a expressão direitos individuais é "poco correcta, no sólo porque la sociabilidad es una dimensión intrínseca del hombre, como lo es la racionalidad, sino a mayor abundamiento en la época actual, transida de exigencias sociales".¹²
- c) Os *direitos subjetivos*, no sentido estritamente técnico-jurídico, concernem àquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico. Ou seja, conforme

9. Cf. RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*, p. 17 e 18 e COLLIARD, Claude-Albert. *libertés publiques*, p. 23 e 24.

10. Op. cit., p. 18.

11. Op. cit., p. 17.

12. *Derechos individuales*, p.38.

lição de Pérez Luño, são "prerrogativas estabelecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares".¹³ Nesse contexto, os titulares desses direitos subjetivos podem deles livremente dispor, até para renunciá-los, podendo esses direitos desaparecer por via de transferência ou prescrição, o que não se coaduna com os direitos fundamentais, que são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis¹⁴, razão porque a referência a esses direitos vem sendo progressivamente abandonada na doutrina e na legislação.

- d) Quando os direitos subjetivos exprimem uma situação jurídica subjetiva do indivíduo em face do Estado, denominam-se *direitos públicos subjetivos*. Essa categoria de direitos foi elaborada pela dogmática alemã do direito público no fim do século XIX, com o objetivo de situar os direitos do Homem em um sistema positivo de relações jurídicas entre o Estado e os indivíduos. Eles representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, encontrando-se, por essa razão, superados pela própria dinâmica econômico-social dos tempos hodiernos, em que o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público¹⁵.
- e) Os *direitos humanos* são, na precisa dicção de Pérez Luño, "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".¹⁶ Os direitos humanos compreendem, assim, todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual.

Examinadas, em breve escorço, as várias terminologias utilizadas para designar os direitos do Homem, reiteramos a opção metodológica deste Curso pela expressão *direitos fundamentais*, que está alinhada com a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, que adota como epígrafe do Título II o termo "*Direitos e Garantias Fundamentais*", dispondo-o como gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial

13. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 32.

14. Ibidem, p. 32.

15. Ibidem, p. 34.

16. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 48.

Defendemos que esse critério é a *dignidade da pessoa humana*²¹, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua *fundamentalidade material*²². Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau. Advertimos, entretanto, que o referido critério não é absoluto nem exclusivo, porquanto há direitos fundamentais também reconhecidos às pessoas jurídicas ou que se reconduzem a outros princípios fundamentais, o que significa que nem sempre a idéia de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação dos direitos fundamentais²³.

Nada obstante, em que pese o reconhecimento formal de direitos fundamentais alheios à idéia da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, em atenção ao respeito à vida, à liberdade e à igualdade de cada ser humano, de modo que esses direitos, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade humana. Assim, concluímos que o “princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais”²⁴.

À vista desse critério, podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas *posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma*

21. Dignidade da pessoa humana é um princípio construído pela história. Consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menoscabo. Sobre o tema, ver NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, Saraiva, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado, 2002; Rosenvald, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005; e CAMARGO, Marcelo Novelino. ‘O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana’. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed, Salvador: Juspodivm, pp. 113-135, 2007.
22. ANDRADE, José Carlos Viera de. *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 83 e ss. Para além desse critério da dignidade da pessoa humana, o autor aponta outro que denominou de um “radical subjetivo”, na medida em que todos os direitos fundamentais se diferenciam das demais categorias por outorgarem ao indivíduo certas posições subjetivas.
23. J. J. Gomes Canotilho critica severamente a idéia de relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana ao conceito de direitos fundamentais. Segundo o próprio autor, essa idéia “expulsa do catálogo material dos direitos fundamentais aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressupõem a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 373).
24. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 117.

existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico²⁵. São *fundamentais* porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive²⁶. Mas não é só, posto que, como bem sublinha Vidal Serrano Nunes Júnior, “o termo fundamental destaca não só a imanência desses direitos à condição humana, como também faz deles depender a própria existência do estado de direito”²⁷. Ou assim, são direitos que se apresentam como fundamentais em duplo sentido: de um lado, porque são essenciais aos homens em sua convivência com outros homens; de outro lado, porque eles representam os pilares ético-político-jurídicos do Estado, fornecendo as bases sobre as quais as ações dos órgãos estatais se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos)²⁸.

Tendo como *núcleo essencial*²⁹ a dignidade humana, os direitos fundamentais são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado. Constituem, em face dessa última dimensão, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes o modo de organização e atuação racional. Compreendem os direitos civis (individuais e coletivos), os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais. Por isso, buscam “resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos

25. HENSEL, A. *Grundrechte und polotische Weltanschauung*, Mohr, Tübingen, 1931, p. 03 e ss., *apud* LUÑO, Antonio Enrique Pérez. op. cit., p. 31.
26. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 182.
27. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, p. 15.
28. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*, p. 42.
29. Várias ordens jurídicas nacionais têm abrigado constitucionalmente a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Na Alemanha, por ex., a Lei Fundamental de 1949, no art. 19, 2, prevê: “Em caso algum poderá ser afetado o conteúdo essencial de um direito fundamental”. A doutrina constitucional alemã, com base nesse artigo, tem considerado como núcleo essencial intangível a dignidade da pessoa humana, que, aliás, é expressamente considerada sagrada pelo art. 1º. Outro tanto sucede na Espanha, cuja Constituição de 1978 estabelece, no art. 53, 1: “Os direitos e as liberdades reconhecidos (...) vinculam todos os Poderes Públicos. Somente por meio de lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial, poderá ser regulamentado (...)”. No Brasil, lamentavelmente, não há fórmula idêntica.

sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade)".³⁰

Jorge Miranda os entende como os direitos ou posições jurídicas subjetivas dos seres humanos, individual ou institucionalmente considerados, previstos na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde a distinção entre *direitos fundamentais em sentido formal* e *direitos fundamentais em sentido material*³¹. Essas considerações do autor português bem evidenciam a necessidade de se formular um conceito de direitos fundamentais que leve em conta não só a sua fundamentalidade formal (estão previstos formalmente na Constituição), mas, sobretudo, a sua fundamentalidade material (embora não estejam previstos formalmente na Constituição, são admitidos por ela em razão do seu conteúdo e importância), uma vez que uma conceituação meramente formal – no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição formal – não é constitucionalmente adequada, posto que revela sua insuficiência, sobretudo para o entendimento deste autor, que defenderá a previsão, na Constituição de 1988 (art. 5º, § 2º), de cláusula materialmente aberta que admite a existência de outros direitos fundamentais para além dos expressos no catálogo, seja com assento na própria Constituição (direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e princípios por ela adotados), seja fora dela (direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Estado Brasileiro seja parte), além do fato de que tal consideração formal nada diz sobre o conteúdo dos direitos fundamentais.

Desse modo, no sentido estritamente formal, os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte. Já no sentido material, os direitos fundamentais são aqueles que, embora fora do catálogo expresso da Constituição formal, podem ser equiparados, em razão de seu conteúdo e importância, aos direitos formalmente fundamentais.

Todavia, para um conceito constitucionalmente adequado, impõe-se reunir os dois sentidos. Do exposto, concluímos que os direitos fundamentais são *todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela*

30. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 82.

31. *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, p. 07.

*não façam parte (fundamentalidade material)*³². Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro.

Desse modo e sem embargo de sua necessária fundamentalidade formal e material, os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana. As normas que os consagram – denominadas de “norma de direito fundamental” – são da espécie “normas-princípios”, já que expressam *mandados de otimização*³³ (*Optimierungsgebote*), distinguindo-se das normas-regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e prevêem as consequências jurídicas de sua ocorrência. São os direitos fundamentais, portanto, os *princípios jurídico-constitucionais especiais* que conferem densidade semântica, vale dizer, concretizam o *princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante do respeito à dignidade da pessoa humana*³⁴.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana.

Sustentamos, assim, que os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais, como concretização da dignidade humana, impõem aos

32. Em sentido semelhante, há a definição proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 82, para quem direitos fundamentais são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”.

33. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81 e ss. Segundo Alexy, as normas constitucionais dividem-se em regras e princípios, de modo que toda norma ou é regra ou é princípio. Alexy toma como referência decisiva para a distinção a concepção de que os princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, enquanto as regras são normas que podem ou não ser cumpridas.

34. GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 44-49. Por não comportar nos limites desse trabalho, remetemos o leitor a CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1.086 e ss., onde esse autor elabora uma hierarquia de princípios, nessa ordem decrescente, na qual os posteriores são desdobramentos ou concretizações dos anteriores: princípios constitucionais estruturantes, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.

órgãos do poder político o dever à efetivação das normas constitucionais. É nesse contexto que se defende o *direito fundamental à efetivação da constituição*, com a emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional.

3. A TEORIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais exercem múltiplas funções na ordem jurídica. Isso se justifica não só pelo contexto histórico no qual os direitos fundamentais foram gestados – dando ensejo a falar-se em gerações ou dimensões de direitos (direitos de liberdade, de igualdade, de solidariedade e de globalização política, que são, respectivamente, direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão), em face das quais cada um desempenha papel diversificado –, como também pela compreensão da dupla perspectiva subjetiva-objetiva desses direitos, temas que serão ao diante abordados.

Basta, por ora, que essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais seja examinada à luz da clássica, mas atual, teoria do *status* de Georg Jellinek, e por algumas considerações acerca das funções de defesa, de prestação, de proteção perante terceiros e de não discriminação dos direitos fundamentais.

De grande contribuição para a teoria geral dos direitos fundamentais foi, e continua sendo, a teoria dos quatro *status* de Jellinek³⁵, segundo a qual todo indivíduo, além de sua esfera privada de atuação, pode fazer parte de uma esfera pública enquanto membro da comunidade política, dependendo apenas do reconhecimento estatal. Assim, enquanto membro dessa comunidade, vincula-se ao Estado, adquirindo daí personalidade e relacionando-se com este por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. Assim, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo qualifica-se sob diversos aspectos. As possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de

35. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 306 e ss. Em síntese da sua teoria, Jellinek conclui: "Nestes quatro *status* – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro *status* formam uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo fato de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperium* do Estado".

condições juridicamente relevantes, daí resultando os quatro *status*: *status subjectionis* ou *status passivo*; *status negativus* ou *status libertatis*; *status civitatis* ou *status positivo* e *status activus*.

Pelo *status subjectionis* ou *status passivo*, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. O Estado, nessa relação, tem o poder de vincular juridicamente o indivíduo por meio de ordens e proibições.

Pelo *status negativus* ou *status libertatis*, ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Assim, o indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma situação negativa ou de garantia frente à intromissão do Estado em determinadas matérias. Aliás, como sublinha Jellinek, a autoridade do Estado "é exercida sobre homens livres".³⁶

Pelo *status positivus* ou *status civitatis*, ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades. Trata-se de uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos.

Pelo *status activus*, assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política, o que se pode dar, por ex., por meio do voto. Refere-se a uma situação ativa, na qual o cidadão desfruta de direitos políticos.

Em suma, com base na teoria clássica de Jellinek, os direitos fundamentais correspondem a cada um daqueles *status*, desempenhando funções distintas. Destarte, com fundamento no *status* negativo, o indivíduo titulariza direitos de defesa em face do Estado, em virtude dos quais ele pode, quando se sentir ameaçado ou prejudicado por entes ou órgãos estatais, repelir a intervenção ilegítima destes no âmbito de sua autonomia individual garantida por lei. Com arrimo no *status* positivo, pode o indivíduo exigir prestações do Estado para suprir suas necessidades e, finalmente, com supedâneo no *status* ativo, o indivíduo tem o direito de participar da vida política de sua comunidade. O *status* passivo, na verdade, não contempla nenhum direito, e sim obrigações. A teoria proposta corresponde, de certo modo, ao processo histórico de emancipação da pessoa humana. No início, os homens

36. Apud, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, p. 84.

conquistam a liberdade e passam da condição de mero objeto do Estado à condição de sujeitos de direitos frente a esse Estado. Depois, adquirem uma posição jurídica perante o Estado, do qual recebem prestações. Enfim, posteriormente, estão habilitados a participar ativamente do processo político, tornando-se sujeitos do próprio Estado³⁷.

A teoria de Jellinek não está imune a críticas. Sem a pretensão de examiná-las, algumas considerações devem ser tecidas, com o propósito de contribuir para o debate e para o aperfeiçoamento e adaptação dessa importante teoria aos contornos constitucionais de hoje.

O *status libertatis* deve ser compreendido, atualmente, como aquele contemplado e conformado pela própria Constituição e assegurado por ela contra todos os poderes constituídos, inclusive o legislativo. É importante essa observação, tendo em vista que, para Jellinek, as liberdades do indivíduo eram exercidas apenas no âmbito da lei, estando à livre disposição do legislador. No contexto constitucional atual, os direitos fundamentais em geral, e as liberdades, em especial, vinculam o próprio legislador, não se admitindo disposição legislativa inconstitucional dos direitos fundamentais.

Critica-se também a teoria, por ela não haver dado importância ao âmbito material dos direitos fundamentais. Deveras, o *status negativo* da teoria de Jellinek é meramente formal e secundário em relação ao *status passivo*, tomando o indivíduo tão somente como pessoa abstrata. De certa forma procedem essas críticas, devidas a Konrad Hess³⁸, uma vez que, ignorando o

37. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 85.

38. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 230-231. Segundo o autor, criticando a teoria de Jellinek, o "*status jurídico-constitucional do particular*, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental, é um *status* jurídico material, isto é, um *status* de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível. (...) O *status* jurídico-constitucional, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais, distingue-se, fundamentalmente, do *status* jurídico-fundamental da, hoje, ainda prosseguida doutrina do *status de G. Jellinek*. Pois o '*status negativus*', ao qual G. Jellinek atribui, no essencial, os direitos fundamentais, é um meramente formal, secundário diante da forma básica '*status subjectionis*': a '*pessoa*', à qual cabe o '*status negativus*', não é o homem ou o cidadão em sua realidade viva, senão o indivíduo abstrato na redução à sua capacidade de ser titular de direitos e deveres – motivo pelo qual para G. Jellinek também não pode haver personalidade natural, senão somente jurídica, e a personalidade é criada pelo Estado. A liberdade que o '*status negativus*' garante não está relacionada com condições de vida concretas determinadas, senão com um estar livre geral e abstrato de coação não-legal. E o destinatário das pretensões do '*status negativus*', o poder estatal, não está limitado de antemão justamente por aquela liberdade, senão é, em princípio, poder ilimitado, que simplesmente obrigou-se mesmo por concessão daquela liberdade que, porém, nem está obrigado à concessão de determinadas liberdades, nem pode ser juridicamente impedido de eliminar novamente essa autovinculação, a não ser que o Estado deva perder seu caráter como sujeito de vontade onipotente e, com isso, como Estado, ser abolido. Até onde o – potencialmente ilimitado – '*status subjectionis*' se estende, ele exclui autodeterminação e, por conseguinte,

homem em sua dimensão histórica e concreta, as liberdades encontram-se à disposição do próprio Estado, de modo que o *status passivo*, que confere ao Estado a competência geral sobre o indivíduo para obrigá-lo ou proibi-lo, exercida de modo ilimitado, passa a excluir a personalidade e a autonomia do indivíduo. Contudo, valem aqui as mesmas observações feitas acima, no sentido de que se deve ajustar a teoria do *status* às exigências do constitucionalismo moderno.

Ademais, no direito constitucional contemporâneo, o *status activus civitatis* deve ser alargado para compreender também o *status activus processualis* formulado por Peter Häberle, que condiz com a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, dentro de uma perspectiva objetiva destes direitos³⁹.

Enfim, feitas as adaptações necessárias, essa teoria de Jellinek bem esclarece as variadas funções dos direitos fundamentais. Cumpre avançarmos um pouco, para lançarmos algumas considerações separadas acerca de algumas dessas funções.

3.1. Função de defesa ou de liberdade

Em consonância com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais cumpriam, originariamente, tão somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos gerados pela atuação do Estado. Nessa perspectiva funcional, os direitos constituem *competências negativas* para o Estado, na medida em que se manifestam como óbices às intervenções dos órgãos estatais na esfera juridicamente protegida do indivíduo e criam, ademais disso, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao indivíduo o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais, de modo a evitar agressões lesivas por parte deles mesmos (*liberdade negativa*)⁴⁰.

Com esteio nessa função⁴¹, os direitos fundamentais inibem que o Estado impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito, correspondendo a um *direito ao não impedimento às ações* do titular do direito fundamental. Assim, não pode o Estado obstaculizar o exercício de liberdades franqueadas (como, v. g., criar censuras prévias para a manifestação da liberdade artística ou religiosa, cercear a liberdade de locomoção e o direito

a personalidade". Arremata Hesse afirmando que uma tal compreensão hoje é incompatível com o direito constitucional alemão.

39. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 160.

40. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 383.

41. ALEX, Robert. op. cit., p. 189-194.

de reunião), nem criar condições desmedidas para o exercício de uma profissão.

Ademais disso, os direitos fundamentais de defesa tutelam os bens jurídicos fundamentais contra ações positivas do Estado que os venham atentar. Nessa medida, em razão, por exemplo, dos direitos à vida e à privacidade, o Estado não pode afetar os bens jurídicos por esses direitos protegidos (a vida e a intimidade), sob pena de irremediável inconstitucionalidade. Esses direitos a ações negativas apresentam-se como direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito. Os direitos de defesa correspondem, aqui, a um *direito à não-afetação dos bens protegidos*, ou seja, como chama Alexy, *direitos à não-afetação de propriedades e situações*.

Os direitos de defesa ainda compreendem o chamado *direito à não-eliminação de posições jurídicas*, que impede sejam eliminadas do sistema jurídico determinadas posições jurídicas concretas do titular do direito, como, por exemplo, o direito de propriedade, o matrimônio, etc.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que no âmbito dos direitos fundamentais de defesa ou de liberdade, além de ficar garantido o exercício desses direitos sem a interferência estatal, garante-se, outrossim, o seu não exercício, sem que possa o Estado, obviamente, impor o seu desfrute. Ou seja, outorga-se a seu titular a possibilidade de não gozar da liberdade ou não usufruir da posição jurídica assegurada. Assim, o direito de exercer qualquer profissão lícita suscita o direito de não exercer nenhuma atividade profissional; o direito de reunião sugere o direito de não se reunir e, finalmente, para não nos alongarmos, o direito de associação, implica o direito de não se associar e até de não permanecer associado.

Mas é preciso remarcar que essa função de defesa dos direitos fundamentais não torna esses direitos totalmente imunes à atuação do Estado. Ela não importa a exclusão absoluta da ação estatal, mas tão somente a atuação *abusiva*, que transgride os limites constitucionais.

3.2. Função de prestação

Os direitos fundamentais há muito não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa ou liberdade contra os poderes estatais.

Em razão da crescente necessidade do indivíduo e das desigualdades materiais que o debilitavam, a presença do Estado passou a ser cada vez mais exigida, para dele se reivindicar uma postura ativa que reduzisse ou atenuasse essas desigualdades e o libertasse de suas necessidades mais

prementes. Surgem os direitos fundamentais a prestações, exercidos e realizados por meio do Estado, ou seja, que o indivíduo realiza *através* do Estado, para gozar de alguma prestação que só os órgãos estatais podem oferecer (saúde, educação, trabalho, habitação, cultura, etc).

Assim, enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos a prestações procuram obter do Estado as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto dessas liberdades. Daí a constatação de que os direitos a prestações, notadamente os direitos sociais prestacionais, manifestam-se como "barreiras defensivas do indivíduo *perante a dominação econômica de outros indivíduos*".⁴²

Em suma, os direitos a prestações ou direitos de crédito impõem uma *atuação positiva* do Estado. Essa atuação estatal, exigida por esses direitos fundamentais, pode referir-se a uma *prestação jurídica* ou a uma *prestação material*, conforme o objeto da pretensão seja uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens ou serviços) a ser proporcionada por ele.

Há direitos fundamentais que, não raro, dependem tão-somente da atuação normativa do Estado para ganharem sentido e apresentarem conteúdo jurídico suficiente que possibilite o seu exercício pelo indivíduo. Nessas situações, a função de prestação dos direitos fundamentais tem a missão de prover o indivíduo de condições para exigir do Estado a imediata emanção de normas concretizadoras e integrativas dos direitos carentes de regulação, e nisso consiste a atuação exigida do Estado à prestação jurídica. Colhe-se, aqui, o direito fundamental à prestação jurídica.

Por outro lado, há direitos fundamentais que têm por objeto uma utilidade concreta ou um benefício material, consistente em um bem ou serviço, a ser prestado pelo Estado. Já aqui, a função de prestação dos direitos fundamentais tem a missão de prover o indivíduo de condições para exigir do Estado a imediata realização de políticas públicas socialmente ativas, criando, por conseguinte, as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, e nisso consiste a atuação exigida do Estado à prestação material. Identificamos aqui o direito fundamental à prestação material.

Esse direito corresponde aos típicos direitos sociais, que pressupõem, não propriamente uma regulação legislativa, embora alguns demandem uma normatização prévia, mas uma atuação positiva material do Estado,

42. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, op. cit., p. 235.

criando serviços, instituições ou fornecendo bens, o que leva uma considerável parte da doutrina a negar a sua condição de verdadeiros direitos. A efetividade desses direitos sociais depende, portanto, da existência de condições econômicas favoráveis. Daí dizer-se que os direitos sociais são efetivados na medida do possível, ou seja, dentro de uma *reserva do possível*, para significar a sua dependência à existência de *recursos econômicos*. Todavia, havendo a disponibilidade desses recursos, ainda que em decorrência de remanejamento, defendemos que tais direitos habilitam o indivíduo a satisfazer-se, até judicialmente, das prestações de que necessita. O fato de dependerem da condição material da *reserva do possível*, por outro lado, não reduz a efetivação dos direitos sociais a um simples *apelo ao legislador*, pois há uma verdadeira *imposição constitucional* legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos⁴³.

A doutrina ainda tem registrado que alguns direitos sociais são direitos *self-executing*, isto é, não carecem de integração legislativa (*exempli gratia*, liberdade de profissão, liberdade sindical), hipótese em que eles são denominados de *direitos originários a prestações* e isso ocorre quando, em face da garantia constitucional desses direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais necessários ao exercício deles e a prerrogativa de o indivíduo exigir imediatamente as prestações constitutivas desses direitos⁴⁴, independentemente de qualquer mediação legislativa. Essa mesma doutrina, por outro lado, tem afirmado que, se a prestação material já foi concretizada pelo Estado, surgem os *direitos derivados a prestações*, que consistem no direito subjetivo de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelo Estado (igual acesso às instituições de ensino, aos serviços de saúde, etc.) e de igual participação nas prestações fornecidas por estes serviços⁴⁵. Vê-se, daí, que os direitos derivados a prestações têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais *já existentes*, com base no princípio da igualdade. Esses direitos derivados a prestações são, na verdade, posições jurídicas subjetivas, deduzidas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações (hipótese que se limita aos direitos originários a prestações), mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

43. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 448.

44. Ibidem, p. 447.

45. Ibidem, p. 448-449.

Segundo Canotilho⁴⁶, a função de prestação dos direitos fundamentais encontra-se ligada a três problemas associados aos direitos sociais. Primeiro, o problema dos *direitos sociais originários*, isto é, se o indivíduo pode extrair diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais, como, por exemplo, deduzir da norma constitucional definidora do direito à moradia uma pretensão que exige uma casa. Segundo, o problema dos *direitos sociais derivados*, que se traduz no direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais que definem direitos sociais (sob pena de inconstitucionalidade por omissão), e no direito de reclamar e obter o acesso e a participação igual nas prestações já criadas pelo legislador (como prestações médicas e hospitalares existentes). Finalmente, o problema de saber se os direitos fundamentais sociais vinculam todos os poderes estatais, no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos) a executar políticas públicas sociais ativas necessárias à criação de instituições (como hospitais, escolas, creches, etc), serviços (como de seguridade social) e fornecimento de prestações (como renda mínima, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, etc).

Ainda segundo o autor, a solução aos dois primeiros problemas (referentes aos direitos sociais originários e aos direitos sociais derivados) é questionável, enquanto ao último (direitos sociais que vinculam os poderes do Estado, impondo-lhes a obrigação de realizarem políticas públicas socialmente ativas), é líquida. Defendemos que, de referência à função prestacional dos direitos fundamentais sociais, o indivíduo goza do poder de exigir não só diretamente a prestação amparada na Constituição, na medida dos limites fixados pela reserva do possível (entendida esta como a existência de recursos econômicos disponíveis), como também uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucional-sociais, na hipótese de omissão inconstitucional dos órgãos de direção política, dentro da perspectiva mais ampla do *direito fundamental à efetivação da Constituição*, que legitima, segundo pensamos, uma atuação mais ativa do Judiciário, ante os perniciosos efeitos da censurada omissão inconstitucional.

3.3. Função de proteção perante terceiros

Essa função consiste no dever do Estado de proteger os titulares de direitos fundamentais perante terceiros. Isso significa que o reconhecimento constitucional de um direito implica também para o Estado, para além do dever de abstenção (função de defesa), o dever de prestação consistente na obrigação de adotar medidas positivas e eficientes, vocacionadas a proteger

46. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 384.

o exercício dos direitos fundamentais perante atividades de terceiros que venham a afetá-los.

Destarte, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida, à inviolabilidade do domicílio ou do sigilo de dados e o direito de reunião, apenas para citar alguns exemplos, de eventuais agressões de outros indivíduos.

3.4. Função de não discriminação

Recente corrente doutrinária tem acentuado uma função de *não discriminação* dos direitos fundamentais, a partir do princípio da igualdade. Esta função, considerada básica e primária, impõe que o Estado trate os seus cidadãos em condições de absoluta igualdade. Ela alcança todos os direitos fundamentais para vedar, por exemplo, a discriminação – em virtude de opções religiosas, ideológica, política, filosófica –, de acesso aos cargos públicos e de emprego ou profissão.

Com base nessa função discute-se ainda o *problema de quotas* (quotas para deficientes, para negros, para mulheres, para pobres, seja em mercados de trabalho, seja em cargos públicos, seja em faculdades, etc) e o *problema das minorias* (homossexuais, etc).

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Considerações iniciais

Os direitos fundamentais foram identificados, historicamente, com os valores mais importantes da convivência humana, ou seja, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação⁴⁷. Desse modo, mostra-se indispensável o recurso à História, a fim de que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne melhor compreendido. A compreensão histórica dos direitos fundamentais, portanto, exerce um papel extraordinariamente importante, pois permite verificar a variedade de condições de realização dos direitos do homem, dentro da unidade do gênero humano, as experiências em confronto, ora de sedimentação, ora de crise e a descoberta de novos percursos e novos avanços. Mas não basta observar passivamente a história. É necessário refletir sobre ela e vinculá-la ao destino do ser humano em concreto, à consciência que tenha de si mesmo, à consciência que tenha dos seus direitos ou da necessidade de os adquirir e alargar em

47. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 26.

todos os domínios da vida social é política⁴⁸. Daí a importância do estudo sobre os antecedentes históricos e a evolução dos direitos fundamentais.

Ressaltamos, porém, que os direitos fundamentais, tais como concebidos por este trabalho, vale dizer, como princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, surgiram com a criação do Estado Constitucional, no final do século XVIII, fruto do seu reconhecimento pelas primeiras normas constitucionais.

Não obstante, é preciso salientar que eles são conseqüências da própria evolução da humanidade, cujo ideal libertário principiara desde a antiguidade, a partir da concepção de direitos inatos do homem, em razão de sua, unicamente, condição humana. Aliás, é correto até afirmar que, desde o estado de natureza, onde ainda não havia sociedade, já se sentiam esses direitos inatos, porque todo homem era livre e igual – até mais livre e mais igual do que o homem na sociedade – sujeito apenas a restrições impostas pela própria natureza. Assim, segundo Rousseau⁴⁹, o homem, no estado de natureza, era livre. Não se encontrava sob qualquer jugo. Era capaz até de enfrentar os animais. Os inimigos mais temidos, contra os quais o homem selvagem não tinha meios de defender-se, eram as enfermidades naturais, a infância, a velhice e as doenças de toda espécie. Mas, não obstante isso, o homem selvagem era solitário, simples, sem ambição, sem desejo maior do que a própria conservação. Enfim, os homens da natureza eram iguais e livres.

No estado de natureza, portanto, o primeiro sentimento do homem foi o de sua existência; seu primeiro cuidado, o de sua conservação. Contudo, ao se tornar sociável, o homem torna-se escravo, fraco, temeroso, rastejante, e sua maneira de viver, indolente e covarde, acaba por debilitá-lo. De livre e independente, passou a estar, em razão de novas necessidades, sujeito a toda a natureza, sobretudo aos seus semelhantes, de quem num sentido se torna escravo, mesmo em se tornando seu senhor⁵⁰.

Mas o homem não se abateu, não se retraiu por completo. Foi à luta, e sua história de vida é uma história de lutas, ou seja, de perdas e sacrifícios, mas também de conquistas. É nesse contexto que se situam a gênese e a evolução dos direitos fundamentais, porquanto está evidenciado que estes direitos não são tão somente o resultado de *um* acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo, que compreende várias fases, como os

48. MIRANDA, Jorge. p. 44-45.

49. ROUSSEAU, J. -J. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*, passim.

50. Op. cit., p. 170 e 218.

anteriores, o reconhecimento, as declarações, a positivação constitucional, a generalização, a universalização e a especificação⁵¹.

Com efeito, os direitos humanos sempre estiveram engajados no propósito constitucionalista de limitar o poder, embora não coincida a origem do constitucionalismo com a origem das liberdades públicas. Isso porque, como postulado jusnaturalista, sempre foi da essência do homem ser livre e usufruir certos bens, sem a interferência do Estado. Todos os homens são, por natureza, livres e titulares de direitos naturais. São os direitos fundamentais, portanto, direitos inatos preexistentes, cabendo ao ordenamento jurídico-positivo tão somente reconhecê-los.

Isto porque, como bem sublinha J. H. Meirelles Teixeira, os "direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana preexistem ao Estado e a este se sobrepõem, corolários que são, como vimos, dos próprios atributos da pessoa humana, da natureza essencial desta".⁵²

Contudo, esses direitos, para poderem ser reconhecidos, efetivos e acatados, precisaram receber formulação jurídica adequada, o que veio a ocorrer por meio das "Declarações solenes" e, notadamente e num momento posterior, nas "Constituições políticas" de cada Estado. Advirta-se, porém, que as Declarações de Direitos, no plano externo, ou as Constituições estatais, no plano interno, apenas explicitam os direitos naturais, uma vez que os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, mas apenas "declarados", para serem recordados⁵³. Acrescente-se a isto o fato de que o Direito vive, em última instância, na consciência humana. É inegável – e ninguém mais duvida – que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no plano do direito positivo estatal como direitos fundamentais. Por isso, uma Declaração de direitos, mesmo que despida de garantias efetivas de seu cumprimento, pode exercer, como de fato vem exercendo, o efeito de um ato esclarecedor, iluminando a consciência jurídica universal e instaurando a era da maioridade histórica do homem⁵⁴.

Cumpre-nos, doravante, investigar, neste item, os antecedentes históricos e a evolução dos direitos humanos fundamentais. Apenas ressaltamos, por ora, que a evolução dos direitos humanos é acompanhada por um fenômeno de crise das liberdades. Ou de outro modo, como enfatiza Colliard, as

51. LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites ao Poder de Legislar*, p. 46.

52. *Curso de Direito Constitucional*, p. 681.

53. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 22.

54. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 134.

causas sociais, econômicas e técnicas da crise das liberdades públicas são também os fatores de sua evolução⁵⁵. Essa evolução, portanto, é animada por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes⁵⁶. Foram os desafios enfrentados pela doutrina dos direitos do Homem os maiores responsáveis pela evolução desses direitos. Nesse sentido, aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que

"a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*"⁵⁷ (grifado no original).

Portanto, a evolução dos direitos fundamentais acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, assim como o progresso científico, técnico e econômico.

A história, progressivamente, foi demonstrando que os seres humanos, não obstante as profundas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, são merecedores de idêntico respeito, como únicos seres no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. A partir do chamado período axial (entre os séculos VIII e II a.C.), foi-se reconhecendo, assim, e em todo o mundo, que em face dessa igualdade essencial, nenhum indivíduo, grupo ou nação, pode afirmar-se superior aos demais⁵⁸. A dignidade humana os torna todos essencialmente iguais.

A só condição humana impõe o absoluto respeito à pessoa. A dignidade da pessoa humana enaltece o ser humano como um fim em si mesmo e o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade. Mas alcançar a própria felicidade implica também e necessariamente realizar a felicidade alheia. Ou seja, a idéia do homem como um fim em si mesmo induz não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade de outrem.

55. COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*, p. 6-8.

56. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 05. Segundo a excelente síntese deste autor, "a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos".

57. *Direitos humanos fundamentais*, p. 15.

58. COMPARATO, Fábio Konder. op cit., p. 01.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, para os propósitos deste trabalho, a consideração do homem como um fim em si mesmo, por força da suprema dignidade da pessoa humana, constitui o melhor argumento, entre outros, para o reconhecimento do direito fundamental à efetividade constitucional, com a realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social⁵⁹. Noutras palavras: o Poder Público deve realizar as tarefas e os programas constitucionais impostos por uma Constituição Dirigente em benefício da felicidade do Homem. A não efetividade da Constituição, em razão da omissão dos órgãos do Poder, representa lastimável obstáculo ao desenvolvimento da dignidade humana, o que significa uma desmedida incongruência, pois a dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais deve-se, em grande parte, ao sofrimento físico e moral dos seres humanos.

"A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos."⁶⁰

Daí falar-se em afirmação progressiva dos direitos humanos. Os direitos do Homem nascem de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁶¹.

A afirmação histórica e progressiva dos direitos humanos fundamentais sempre esteve centrada em torno da idéia de limitação do poder político, pois entre todos "los limites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar".⁶² Com efeito, o reconhecimento de que as instituições governamentais devem ser empregadas exclusivamente a serviço dos governados, e não para satisfazer às exigências pessoais dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos. Quer dizer, a idéia da limitação do poder dos governantes sempre constituiu pressuposto fundamental do reconhecimento

da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social – clero, nobreza e povo – no qual eles se encontrassem⁶³.

Assim é que a doutrina dos direitos humanos remonta à antiguidade. A proto-história dos direitos humanos começa já no século VI a.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prossegue no século seguinte, com a fundação da república romana. Entretanto, é necessário esclarecer que a antiguidade desconhecia a autonomia individual, dando ensejo à distinção clássica entre a "liberdade dos antigos" e a "liberdade dos modernos".⁶⁴ Para os antigos, a liberdade, de índole essencialmente política, consistia na participação do homem na vida da *polis*. Vale dizer, a liberdade representava, na antiguidade, a faculdade de exercer os direitos políticos do cidadão. Por isso mesmo, Aristóteles justificava a existência de escravos⁶⁵. Os pensadores políticos gregos acreditavam que a personalidade humana só poderia desenvolver-se plenamente quando estivesse integrada e subordinada ao Estado onipotente. A idéia de que existem direitos do indivíduo fora do Estado tem suas raízes na filosofia helênica dos estoicos. A lei natural, a razão, a igualdade e a dignidade do homem são valores que estão acima do Estado e fora de seu alcance⁶⁶. Já na visão dos modernos, a liberdade é a realização na existência individual e pessoal de cada um.

Em Atenas, por mais de dois séculos (de 501 a 338 a.C.), o poder político dos governantes foi rigorosamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pela instituição de um conjunto de mecanismos de cidadania ativa, em virtude dos quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo. Como se sabe, a democracia ateniense consistiu, basicamente, na atribuição popular do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em assembléia (a *Ekklesia*) as principais decisões políticas, como, v. g., a adoção de novas leis, a declaração de guerra e a conclusão de tratados de paz ou de aliança. Ademais disso, a soberania popular ativa abrangia um sistema de responsabilidades, pelo qual era permitido a qualquer cidadão mover uma ação criminal (*apagouê*) contra os dirigentes políticos, devendo estes, ainda, ao deixarem os seus cargos, prestar contas de sua gestão perante o povo. Os cidadãos também tinham o direito de se opor,

63. COMPARATO, Fábio Konder. op cit., p. 39 e 43.

64. CONSTANT, Benjamin, *De la Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes*, 1815, in *Cours de Politique Constitutionnelle*, v. IV, Paris, 1820, p. 238 e ss.

65. *A Política*, Livro Primeiro, Capítulo II, p. 17. Afirma Aristóteles: "Fica demonstrado claramente o que o escravo é em si, e o que pode ser. Aquele que não se pertence mas pertence a outro, e, no entanto, é um homem, esse é escravo por natureza. Ora, se um homem pertence a outro, é uma coisa possuída, mesmo sendo homem. E uma coisa possuída é um instrumento de uso, separado do corpo ao qual pertence".

66. LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 393.

59. Ibidem, p. 24.

60. COMPARATO, Fábio Konder. op cit., p. 36-37.

61. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 05.

62. LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 390.

na reunião da assembléia, a uma proposta de lei violadora da constituição (*politéia*) da cidade; ou, na hipótese de tal proposta já se encontrar aprovada e convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor⁶⁷.

Em Roma, com a instauração do governo republicano, o poder político passou a sofrer limitações, não propriamente pela soberania popular ativa nos moldes da democracia ateniense, mas em razão da elaboração de um complexo sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos políticos.

"Assim é que o processo legislativo ordinário (...) era de iniciativa dos cônsules, que redigiam o projeto. O projeto passava em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios".⁶⁸

Pois bem, estava dado o passo inicial para a afirmação dos direitos humanos e, conseqüentemente, para a consideração de que todos os homens, independente de seu estamento social, são livres e essencialmente iguais em dignidade e direitos. Mas apesar disto – ressalta Fábio Konder Comparato – foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, no pórtico de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".⁶⁹

Costuma-se indicar a doutrina antiga do cristianismo como antecedente básico dos direitos humanos. Isto se deve ao fato de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza⁷⁰, encerrando uma idéia de que eles têm direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Deste modo, exatamente porque o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, o cristianismo antigo pronunciava uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade da pessoa humana que pertence a todos os homens sem distinção, o que sugere uma igualdade fundamental de natureza entre eles. Daí haverem acentuado as teorias contratualistas, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, que os soberanos deveriam exercer a sua autoridade com submissão ao direito natural do homem, derivando dessa concepção a primazia do indivíduo sobre o Estado. Os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e

67. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 41.

68. Op. cit., p. 42.

69. Op. cit., p. 12.

70. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, p. 45. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, p. 17. Segundo esse Autor, "Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir".

a propriedade, de modo que esses bens jurídicos já eram entendidos como direitos oponíveis ao próprio soberano. Já se entendia, portanto, que a afirmação e defesa desses direitos representava a razão de ser do Estado e o seu princípio legitimador.

Cumprir registrar, outrossim, a importância da Reforma protestante para a consolidação dos direitos fundamentais. Essa Reforma levou à reivindicação e ao paulatino reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em vários Estados da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, pondo fim à unidade religiosa. Ela contribuiu para reforçar o individualismo e para salientar o papel do homem na sociedade e na história.

O estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais remete necessária e preliminarmente ao estudo das declarações de direitos.

4.2. As Declarações de Direitos

Muito embora os direitos há muito já existissem – na medida em que esses direitos são naturalmente inerentes ao ser humano e, desse modo, anteriores e superiores a toda ordem jurídica positivada –, foi somente com as Declarações solenes que eles passaram a ser formalmente reconhecidos, ganhando dimensão jurídica. Essas Declarações de Direitos são, como anota J. H. Meirelles Teixeira, "a expressão mais elevada da crença na existência desses direitos, e na sua natureza de bens anteriores e superiores ao Estado, como corolários que são da própria essência da personalidade humana".⁷¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é de mesma opinião, quando leciona que os direitos humanos prescindem de um documento escrito. Contudo, nada obsta, antes aconselha, que sejam reduzidos a termo em texto solene, que tem a vantagem da clareza e da precisão, além do caráter educativo. Esse documento ou texto solene não é a Constituição, que já o presume existente. É a *Declaração de Direitos*⁷².

Carl Schmitt bem enaltece a importância das Declarações de Direitos na afirmação e consolidação dos direitos fundamentais, quando sintetiza que a

"Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad."⁷³

71. Op. cit., p. 682.

72. *Direitos humanos fundamentais*, p. 05.

73. *Teoría de la Constitución*, p. 167.

A tendência jusnaturalista das Declarações de Direitos pode ser facilmente constatada, como ao diante se verá, com o breve exame da Declaração de Virgínia (parágrafo I), da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (preâmbulo) e até da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 1º).

Os direitos do homem começaram a ser formalmente reconhecidos no século XIII, com a *Magna Charta Libertatum*. Esta Declaração, consistente num pacto firmado em 1215 entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões ingleses, apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.

Em seguimento, destacaram-se as Declarações inglesas do século XVII, entre as quais a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assinado por Carlos II e, finalmente, a mais importante de todas as Declarações inglesas, o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento.

Mas foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que nasceram definitivamente os direitos fundamentais, a partir da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após essas Declarações, quase todas as Constituições no mundo passaram a dispor de uma Declaração de direitos, a começar com a Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, em face das suas primeiras dez emendas, promulgadas em 1791.

Essas declarações tiveram importância decisiva para a evolução e afirmação dos direitos fundamentais. Neste tópico – considerado o núcleo essencial do presente item – pretendemos expor os antecedentes históricos e a evolução dos direitos fundamentais, percorrendo os principais estágios de sua evolução até sua hodierna sistematização.

As declarações de direitos bem refletem os estágios de evolução dos direitos fundamentais. Vejamos algumas delas, consideradas as mais expressivas como fontes dos direitos fundamentais. Antes, contudo, convém esclarecermos que, como se verá, na história da elaboração das declarações de direitos podem-se vislumbrar três etapas⁷⁴. Numa primeira etapa, as declarações surgem como teorias filosóficas, em virtude das quais as primeiras afirmações dos direitos fundamentais são tão-somente a expressão de

um pensamento individual. Vale dizer, as declarações, nessa fase inicial, são universais no que toca ao conteúdo, pois se destinam a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, apresentando-se como propostas para um futuro legislador. Num segundo momento, a história das declarações consiste na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos fundamentais ganha em concretude e eficácia, mas perde em universalidade. Os direitos passam a ser protegidos, como autênticos direitos positivos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. Finalmente, com o advento da Declaração Universal de 1948, tem origem uma terceira e última etapa, na qual a afirmação dos direitos fundamentais é, simultaneamente, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos direitos são todos os homens; positiva no sentido de que os direitos deverão ser não apenas proclamados, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. Em suma, nessas três fases da história da formação das declarações de direitos, poder-se-á perceber que os direitos fundamentais nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos restritos, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais⁷⁵.

4.2.1. A Magna Carta

Assinada em 15 de junho de 1215 e tornada definitiva em 1225, a *Magna Charta Libertatum*, embora outorgada por João sem Terra, Rei da Inglaterra, representou um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, uma vez que constituiu um acordo entre esse Rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses, em face do qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais.

Em face desse acordo histórico, foram reconhecidas e garantidas a liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês. Mais do que isso, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita⁷⁶.

Apesar do inegável significado histórico, esse documento inglês não pode ser considerado de natureza constitucional, não passando de uma

74. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 28-30.

75. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 30.

76. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 75.

carta feudal elaborada para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres, deixando de fora os não livres que, na época, representavam a maioria⁷⁷.

Não obstante, a doutrina vem apontando a importância desse documento histórico para as liberdades públicas, nele vislumbrando a peça básica do desenvolvimento constitucional inglês e de todo o constitucionalismo. Isso porque, em que pese só se preocupar com o direito dos ingleses, e não do Homem, em face da imemorial *law of the land*, ele se propôs a limitar o poder, inclusive com a definição de garantias específicas na hipótese de ofensa daqueles direitos, a exemplo da garantia da *judicialidade* (item 39) e da *proporcionalidade da pena* à gravidade da transgressão cometida (itens 20 e 21). O importante é destacar que a *Magna Carta* inaugurou a pedra fundamental para a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder do governante passou a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.

Assim é que, ademais da garantia da *judicialidade* (item 39) e da *proporcionalidade da pena* à gravidade da transgressão cometida (itens 20 e 21), foi estabelecido o princípio básico de que o exercício do poder tributário deve ser consentido pelos súditos (itens 12 e 14); foi pactuado que ninguém seria obrigado a prestar algum serviço além do que for devido pelo seu feudo de cavaleiro ou pela sua terra livre (item 16); foi proibido o confisco, de modo que nenhum delegado ou bailio⁷⁸ poderia tomar colheitas ou quaisquer outras coisas sem que o seja mediante pagamento imediato, exceto se o vendedor voluntariamente oferecer crédito ou prazo (itens 28) ou tomar cavalos ou carroça para fazer transportes contra a vontade do inglês livre (item 29) ou tomar madeira contra a vontade de seu dono (item 30); foi garantido o Direito à justiça (item 40); reconheceu-se o direito à liberdade de locomoção (item 42).

Chame-se a atenção para o item 39 da Declaração, apontado como o coração da *Magna Carta*, que desvincula da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição, por adotar a garantia da *judicialidade* e do *devido processo legal*, de modo que os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Assim, dispunha o item 39 dessa *Charta* que

77. NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*, p. 28, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 156.

78. Antigo magistrado provincial.

"Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicado a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país".

À vista desse item da Magna Carta, a doutrina – contrariando a tese de Georg Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vem concebendo a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião⁷⁹.

A *Carta* estendeu a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si, relativamente a seus súditos. De fato, no item 60, ficou estabelecido que todos os direitos e liberdades garantidos na *Carta* deverão ser igualmente observados por todos os clérigos e leigos relativamente àqueles que deles dependem.

Esclareça-se, por último, que sem olvidar de sua importância para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, sobretudo em face do seu referido item 39, os direitos declarados na Magna Carta não ostentavam o caráter de autênticos direitos fundamentais, uma vez que foram outorgados pelo Rei num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, tratando-se mais de privilégios de cunho estamental, concedidos a certas castas nas quais se dividia a sociedade medieval, afastando a grande parcela da população do seu desfrute⁸⁰.

4.2.2. A Petition of Rights

A petição de direitos, de 07 de junho de 1628, cuida-se de um documento dirigido ao monarca, em virtude do qual os membros do Parlamento de então pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos. Na verdade, a petição de direitos roga a observância de direitos e liberdades já reconhecidos na própria Magna Carta. Constituiu um acordo entre o Parlamento e o Rei, em decorrência do qual o monarca cedeu ao pedido, para obter em troca recursos financeiros que dependiam da autorização do Parlamento.

79. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 44-45.

80. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 44.

Pela *Petition of Rights*, os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, suplicaram ao Rei que ninguém fosse obrigado a contribuir com qualquer dádiva ou empréstimo e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento, bem como que ninguém fosse chamado a responder ou prestar juramento ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra, molestado ou inquietado por causa desses tributos, ou da recusa em pagá-los, e que nenhum homem livre ficasse preso ou detido, em razão dessas causas.

Sob o crivo do Rei, o pedido do Parlamento foi deferido nos seguintes termos: "Qua quidem petitione lecta et plenius intellecta per dictum dominium regem taliter est responsum in pleno parlamento, viz. Soi droit fait come est desiré".⁸¹

4.2.3. O Habeas Corpus Act

O *habeas corpus act*, de 1679, reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se na mais sólida garantia de liberdade individual, tirando dos déspotas uma das suas armas mais valiosas, que eram as prisões arbitrárias, que foram suprimidas⁸².

Com efeito, prevê a lei do *habeas corpus* que, a requerimento escrito do detido ou alguém por ele, o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, concederá providência de *habeas corpus* em benefício do preso, que será solto, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Como ressalta Fábio Konder Comparato, a

"importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais".⁸³

Assim, na mesma linha do *habeas-corpus*, surgiram o *juicio de amparo* do direito mexicano e o mandado de segurança do direito brasileiro.

81. "Petição que, de fato, tendo sido lida e inteiramente compreendida pelo dito senhor rei foi respondida em Parlamento pleno, isto é: Seja feito o direito conforme se deseja". Conf. Roscoe Pound, *Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade*, São Paulo, Ibrasa, trad. de E. Jacy Monteiro, 1965, p. 134-137, *apud* SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 156.

82. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 157.

83. Op. cit., p. 84.

4.2.4. O Bill of Rights

A chamada Declaração de Direitos, de 13 de fevereiro de 1689, é, de todos os documentos ingleses, o mais importante que decorreu da *Glorious Revolution* de 1688, em virtude da qual se firmara a supremacia do Parlamento, dando o decisivo passo para a instituição da separação dos poderes, sendo, por conseguinte, o marco do surgimento da monarquia constitucional submetida à soberania popular. Esse documento impôs a abdicação do rei Jaime II, designando novos monarcas (Guilherme III e Maria II) com poderes reais limitados pela declaração.

Como sublinhado, o *Bill of Rights* eliminou o regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emanava do rei e em seu nome era exercido. Ele representou a passagem para a monarquia constitucional, organizada com base na divisão de poderes, criando uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. Tão importante quanto a importância dessa declaração de direitos que, ainda hoje, permanece como um dos mais importantes documentos constitucionais do Reino Unido⁸⁴.

Basicamente, o *Bill of Rights* inglês instituiu um sistema de divisão de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o rei e cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Para além disso, fortaleceu a instituição do júri e reafirmou alguns direitos fundamentais, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

4.2.5. O Act of Settlement

O Ato de Sucessão no Trono, de 1707, complementa o *Bill of Rights* inglês e reforça o conjunto de limitações ao poder monárquico nesse período, dando importante contribuição para a formação da doutrina dos direitos fundamentais.

O *Act of Settlement* e, de resto, todas as declarações inglesas, influíram substancialmente na consolidação e conformação dos direitos fundamentais. Contudo, os documentos ingleses limitaram-se a reduzir o poder do monarca, para proteger o povo inglês da arbitrariedade do Rei e a fundar a supremacia do Parlamento.

84. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 89.

Sem embargo da sua importante influência no desenvolvimento da afirmação dos direitos, as declarações inglesas não podem ser consideradas como o registro de nascimento dos direitos fundamentais, no sentido que hoje se atribui ao termo. Isto se deve ao fato de que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, aqueles direitos declarados nos documentos ingleses – apesar de limitarem o poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, não dispondo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade⁸⁵. Com efeito, não obstante já conformada no século XVII, a doutrina dos direitos fundamentais se difundiu no século XVIII e se desenvolveu a partir desse centenário, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas⁸⁶. E as declarações de direitos que sucederam cuidaram de reconhecê-la.

4.2.6. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia

Cuida-se da primeira Declaração de Direitos em sentido moderno⁸⁷. Esta Declaração marca a transição dos direitos de liberdade do povo inglês para os direitos fundamentais constitucionais. A Declaração de Virgínia, formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia (uma das treze colônias inglesas na América do Norte), em 16 de junho de 1776, ou seja, antes mesmo da declaração de independência das treze colônias inglesas, preocupou-se, essencialmente, com a fundação de um governo democrático e organização de um sistema de limitação de poderes, inspirada na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. Para termos uma idéia dessa afirmação, basta observarmos o que dispunham os dois primeiros parágrafos da declaração em comento, que expressam com clareza os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos inatos” de toda pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo. Firma também os princípios da igualdade de todos perante a lei (rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos) e da liberdade.

Assim, de inspiração profundamente jusnaturalista, declarava o referido documento que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política (parágrafo I).

Acolheu, outrossim, o princípio da soberania popular, de modo que o povo é declarado titular absoluto de todo poder e, conseqüentemente, os

85. Op. cit., p. 46.

86. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., op. cit., p. 13-14.

87. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 157.

magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis (parágrafo II).

Complementando o dogma da soberania popular, a Carta de Virgínia proclamava que o governo deve ser instituído para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade, de modo que, se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público (parágrafo III).

Assegurando a igualdade de todos perante a lei, declarava que nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados, nem os cargos ou serviços públicos são hereditários (parágrafo IV).

Na linha do pensamento político dominante, a Declaração de Virgínia reconhece o princípio fundamental da separação das funções legislativa, judicial e executiva, como garantia institucional das liberdades públicas. Assim, os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes, eleitos periodicamente, devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras (parágrafo V).

Restou consignado que as eleições dos representantes do povo em assembleia devem ser livres, e que todos os homens que dêem provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio e não possam ser submetidos à tributação nem privados de sua propriedade por razões de utilidade pública sem seu consentimento, ou o de seus representantes assim eleitos, nem estejam obrigados por lei alguma a que, da mesma forma, não hajam consentido para o bem público (parágrafo VI). Comentando esse parágrafo da Declaração, Fábio Konder Comparato entende haver ele adotado o voto censitário, “isto é, o reconhecimento de que somente os cidadãos que demonstrem a sua condição de proprietários são legitimados a votar”.⁸⁸

Afirma a Declaração em comento, na esteira da defesa da soberania parlamentar estabelecida pelo *Bill of Rights* inglês, que é proibida a suspensão das leis ou da execução destas por qualquer autoridade, sem consentimento dos representantes do povo (parágrafo VII). Cumpre anotar que, nessa

88. Op. cit., p. 110.

época, ainda não havia sido firmada a competência do Judiciário para declarar a inconstitucionalidade das leis.

Ficou garantido o direito de defesa nos processos criminais, de modo que em todo processo criminal o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares (parágrafo VIII).

Foram vedadas as fianças ou multas excessivas e os castigos cruéis ou inusitados (parágrafo IX), bem assim os mandados judiciais gerais em que se determine a busca em lugares suspeitos, sem provas da prática de um fato, ou a detenção de uma pessoa ou pessoas sem identificá-las pelo nome, ou cujo delito não seja claramente especificado e não se demonstre com provas (parágrafo X).

Foi garantida a instituição do Júri, de maneira que em litígios referentes à propriedade e em pleitos entre particulares, o antigo julgamento por júri de doze membros é preferível a qualquer outro, devendo ser tido por sagrado (parágrafo XI).

Assegurou-se a liberdade de imprensa como um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais (parágrafo XII).

Foi substituída a força militar permanente por uma milícia popular, de sorte que as forças armadas, bem regulamentadas e integradas por pessoas adestradas nas armas, estarão estritamente subordinadas ao poder civil e sob o comando deste (parágrafo XIII).

A Declaração de Virgínia se preocupou também em assegurar a soberania externa do novo Estado independente, esclarecendo que o povo tinha direito a um governo único, sendo vedado, dentro do território de Virgínia, qualquer outro governo distinto daquele (parágrafo XIV).

Finalmente, foi proclamado que todos devem respeito à justiça, devendo proceder com moderação, temperança, frugalidade e virtude (parágrafo XV) e que todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo (parágrafo XVI).

A Declaração de Virgínia serviu de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e

Carolina do Norte (todas de 1776), bem como as de Massachussets (1780) e de New Hampshire (1784), acabando também por influenciar na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, por meio das dez primeiras emendas de 1791.

4.2.7. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, de profunda inspiração jusnaturalista, transformou-se, em razão da universalidade de seus princípios, no marco culminante do constitucionalismo liberal, no instrumento de ascensão política e econômica da burguesia, a nova classe que se apossava do comando do Estado e da Sociedade. Pondo fim ao *Ancien Régime*, proclamava os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias individuais liberais, que ainda se encontram nas declarações contemporâneas.

É a mais famosa das declarações, por ter sido, por mais de um século e meio, o modelo por excelência das declarações de direitos, ainda merecendo, hodiernamente, o respeito dos que se preocupam com as liberdades e os direitos humanos⁸⁹. Dada a sua extraordinária importância para o povo francês, ela ainda está em vigor na França por força do preâmbulo⁹⁰ da Constituição de 05 de outubro de 1958, em virtude do qual a Declaração de 1789 integra o chamado *bloc de constitutionnalité*, que consiste num conjunto de regras constitucionais, erigido em parâmetro do controle de constitucionalidade naquele país⁹¹.

Embora tenha recebido certa influência das Declarações inglesas e americanas⁹², sobretudo da Declaração de Direitos de Virgínia, a Declaração

89. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., op. cit., p. 19.

90. "O povo francês proclama solenemente o seu apego aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946. Em virtude destes princípios e do princípio da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios do ultramar, que manifestem a vontade de a elas aderir instituições novas fundadas no ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade e concebidas em vista da sua evolução democrática."

91. Isso significa que o *Conseil Constitutionnel*, órgão político incumbido do controle de constitucionalidade na França (arts. 56 a 63), realiza a fiscalização dos projetos de leis a ele submetidos tendo como parâmetro não só a Constituição de 1958, mas também a Declaração de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946.

92. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz falam de precedentes indiretos (as Declarações inglesas) e diretos (as Declarações americanas) da Declaração de 1789 (*Liberdades Públicas*, Parte Geral, p. 41). Segundo Fábio Konder Comparato além da grande influência exercida pelas Declarações de direitos norte-americanas, a Declaração Francesa também recebeu importante influência do conjunto de queixas e súplicas da população francesa, recolhidas por escrito às vésperas da instalação da assembléia de Versalhes (op. cit., p. 143).

francesa é de cunho universal e abstrato⁹³, distinguindo-se daquelas por preocupar-se mais com o Homem e seus direitos, do que com os direitos tradicionais dos indivíduos de determinada comunidade, que constituíam o núcleo de proteção das declarações anglo-saxônicas. Dada a universalização de suas idéias, apontam-se-lhe três caracteres fundamentais, a saber: a) *intelectualismo*, por resultar de uma ordem de idéias, no plano intelectual, de fundamento filosófico e jurídico; b) *mundialismo*, porque as suas idéias são universais, difundindo-se além fronteiras, e c) *individualismo*, porque só se empenha em prol das liberdades dos indivíduos, não consagrando as liberdades coletivas, como as de associação e de reunião⁹⁴.

Enfim, coube a La Fayette – conforme registrado – a primazia da idéia da elaboração de uma Declaração de Direitos na França⁹⁵, pois foi quem dinamizou os trabalhos da Assembléia Nacional dos Estados Gerais (clero, nobreza e povo), chegando mesmo a apresentar um projeto com aquele propósito.

Segundo o preâmbulo da Declaração, tem-se que sua finalidade última é proteger os direitos do Homem dos atos autoritários do governo e seu objetivo é de cunho pedagógico, pois visa lembrar e instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais⁹⁶. Com efeito, dele consta que

“os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que

93. Todavia, segundo Jean Rivero (*Les libertés publiques*, p. 64), apesar de abstrata e universal, há preocupações bem concretas na Declaração francesa. Assim, na dicção do próprio autor: “Tout d’abord, l’abstraction des mots et des formules laisse souvent transparaître des préoccupations très concrètes, et liées à une situation donnée: celle de la France à la fin du XVIII^e siècle. Chacun des droits proclamés apparaît comme la condamnation d’une pratique arbitraire à laquelle il s’agit de mettre un terme”.

94. Jacques Robert, *Libertés publiques*, p. 44 e ss., *apud* SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 161-162.

95. Gerard Conac, L’élaboration de la déclaration des droits de l’homme et du citoyen, in Gerard Conac, Marc Debene e Gerard Teboul, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris, Economica, p. 07 e ss., *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., op. cit., p. 21.

96. Conf. COLLIARD, Claude-Albert. op. cit. e Jean Rivero, *Les Libertés publiques*, 5^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1987. Segundo este último autor: “Le préambule de la déclaration révèle l’intention de ses auteurs: ils ‘exposent’, ils ‘declarent’, ils ‘rappellent’. Cela entraîne, touchant la nature et la portée de l’acte élaboré, des conséquences essentielles. La Déclaration, acte réognitif. (...) Caractere pédagogique de la Déclaration. (...) Absence de caractere organisateur. (...)” (op. cit., p. 58-59).

as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”.

Percebe-se facilmente, da mera leitura do preâmbulo, a profunda inspiração jusnaturalista da Declaração.

À vista do próprio título da declaração, a doutrina costuma classificar os direitos nela declarados em *direitos do Homem* e *direitos do Cidadão*. A razão de ser dessa dupla menção – explica Fábio Konder Comparato – “parece ser a de que os homens de 1789 (...) não se dirigiam apenas ao povo francês, mas a todos os povos, e concebiam portanto o documento em sua dupla dimensão, nacional e universal”⁹⁷.

Os direitos do Homem são as *liberdades*, que consistem em poderes de agir, ou não agir, independentemente da intervenção do Estado, que, aliás, não pode criar nenhum obstáculo ao exercício daquelas prerrogativas. Entre essas liberdades, inserem-se as liberdades em geral (arts. 1^o, 2^o e 4^o), a segurança (art. 2^o), a liberdade de locomoção e a legalidade processual (art. 7^o), a legalidade penal (art. 8^o), a presunção de inocência (art. 9^o), a liberdade de opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (arts. 2^o e 17).

Os direitos do Cidadão são *poderes* que se traduzem em meios de participação do Homem no exercício do Poder Político. Entre esses poderes, incluem-se os direitos de participar da vontade geral (art. 6^o), de consentir no imposto e de controlar o dispêndio do dinheiro público (art. 14) e de pedir contas da atuação de agente público (art. 15)⁹⁸.

Em geral, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão dispôs, como princípio de organização política, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, de modo que as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum (art. 1^o).

Estabeleceu que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (art. 2^o). Ou seja, a Declaração francesa confirmou exatamente o postulado inquestionável de que o Estado nasce de uma filosofia política que o justifica pela necessidade de dar proteção aos direitos humanos fundamentais⁹⁹. Vale dizer, o Estado existe e só se justifica para fazer o Homem feliz. O Estado é o *instrumento* por meio do qual o homem – o *fim* – satisfaz os seus direitos e alcança a sua felicidade.

97. Op. cit., p. 145.

98. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Direitos humanos fundamentais*, p. 25.

99. Ibidem, p. 31.

O Estado só existe e só se justifica se respeitar e promover os direitos fundamentais do homem. O Estado, em suma, nasce exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais.

A Declaração enalteceu a soberania da Nação, esclarecendo que o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na Nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (art. 3º).

Os Homens são livres, na medida em que a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (art. 4º). A vida em sociedade exige sacrifícios que justificam a limitação do exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observe-se que a Declaração, ao reconhecer que o exercício concomitante dos direitos fundamentais por todos e cada um dos homens exige uma coordenação ou disciplina que impeça as colisões, conferiu à lei, e somente a ela, o papel de coordenação, regulação e limitação desses direitos.

Acolheu o princípio da legalidade genérica, de sorte que tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene (art. 5º).

Refletindo o pensamento de Rousseau¹⁰⁰, a Declaração enfatizou que a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (art. 6º). Esse dispositivo da Declaração reafirma o princípio da igualdade perante a lei e faz eco ao art. 1º, onde se afirma que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

Assegurou a liberdade de locomoção e a legalidade processual, pois, segundo deliberou, ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude

da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência (art. 7º).

Fixou o princípio da legalidade e anterioridade penal. Assim, lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada (art. 8º).

Prestigiou o princípio da presunção de inocência, prevendo que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (art. 9º).

Consagrou a liberdade de opinião, anunciando que ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei (art. 10º) e de expressão, pois que a livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei (art. 11º).

Previu a organização de uma força pública destinada a garantir o exercício dos direitos fundamentais do Homem e do Cidadão. Assim, a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada (art. 12º). E para a manutenção dessa força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades (art. 13º).

Exigiu o consentimento dos cidadãos para a instituição dos impostos e instituiu um mecanismo de controle do emprego do dinheiro público. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração (art. 14º). Ademais, previu um sistema de prestação de contas, de forma que a sociedade tinha o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (art. 15º).

Para além da finalidade estatal de proteger os direitos humanos fundamentais (art. 2º), o constitucionalismo sempre exigiu que o Estado se organizasse em função dessa finalidade. Por isso que a Declaração francesa, dando um conceito liberal de Constituição, exigia dela a garantia dos direitos fundamentais. Assim, a sociedade em que não esteja assegurado o exercício

100. *Contrato Social*, Livro I, cap. VI; Livro II, cap. IV.

dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição (art. 16º). Aliás, esse artigo da Declaração sintetiza os propósitos do constitucionalismo moderno de instituir governos limitados, com a divisão das funções estatais entre órgãos distintos do poder e a elaboração de um catálogo de direitos fundamentais. É o reconhecimento – não é exagero dizer – por parte de uma Declaração de profunda inspiração jusnaturalista da necessidade da positivação jurídico-constitucional dos direitos do homem.

Finalmente, a Declaração garantiu o direito de propriedade, estabelecendo que a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização (art. 17º).

4.2.8. A Declaração Universal dos Direitos do Homem

A adoção pela Assembléia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, constitui o principal feito no desenvolvimento da idéia contemporânea de direitos humanos. Os direitos inscritos nesta Declaração constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se realiza nem se desenvolve por completo. A Declaração transformou-se, na última metade de século XX, numa fonte de inspiração para a elaboração de diversas cartas constitucionais e tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Pode-se, nesse sentido, afirmar, com Bobbio¹⁰¹, que a Declaração Universal é uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro. Este documento tornou-se um autêntico paradigma ético a partir do qual é possível aferir, constatar e até contestar a legitimidade de regimes e Governos. Os direitos nele reconhecidos representam hoje um dos mais importantes marcos de nossa civilização, pois visam a assegurar um convívio social digno, justo e pacífico.

Essa Declaração contém trinta artigos, todos reconhecendo os direitos fundamentais. Do art. 1º ao art. 21, reconhecem-se os chamados direitos e garantias individuais. Do art. 22 ao art. 28, consagram-se os direitos sociais. No art. 29, exigem-se os deveres da pessoa para com a comunidade. Finalmente, o art. 30 institui o princípio de interpretação da Declaração, sempre em benefício dos direitos e garantias nela proclamados.

101. Op. cit., p. 34.

A Assembléia Geral das Nações Unidas, considerando, entre outras coisas, que o reconhecimento da dignidade humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; que liberdade de palavra e de crença é a mais alta aspiração do homem comum; que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito; que é essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; que é fundamental promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, resolveu proclamar a Declaração em comento como o *ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações*, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade venha promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Para tanto, reconhece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, devendo agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (art. 1º). A Declaração consagra, aqui, os três valores fundamentais em matéria de direitos humanos, que remonta à tríade sagrada da Revolução Francesa: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Não se pode deixar de perceber um certo conteúdo jusnaturalista nesta disposição da Declaração, quando afirma que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Reconhece a igualdade essencial do ser humano, declarando que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, sem qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (art. 2º).

Proclama como direito fundamental o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º).

Proíbe a escravidão e o tráfico de escravos em todas as suas formas, garantindo que ninguém será mantido em escravidão ou servidão (art. 4º),

assim como que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. 5º).

Prevê que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei (art. 6º). Este é o princípio supremo em matéria de direitos humanos, que reconhece a preeminência do ser humano no mundo, como fonte de todos os valores¹⁰². Proclama também que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei, bem como a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (art. 7º). Essa igualdade perante a lei é decorrência do princípio da igualdade essencial do ser humano, consagrado no artigo 2º da Declaração.

Declara o direito de toda pessoa receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (art. 8º).

Protege a liberdade de locomoção, assegurando que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado (art. 9º).

Estabelece o princípio da judicialidade, reconhecendo que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela (art. 10º).

Institui o princípio da presunção da inocência e da ampla defesa, assegurando que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Outrossim, estabeleceu o princípio da anterioridade do direito penal, garantindo que ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (art. 11º).

Reconhece o direito à privacidade, proibindo quaisquer interferências na vida privada da pessoa, da sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação e dispondo que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (art. 12º).

Garante o direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, de modo que toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar (art. 13º).

Reconhece o direito fundamental a asilo político em outros Estados a toda pessoa vítima de perseguição. Este direito, todavia, não existe em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas (art. 14º).

Declara como direito fundamental de toda pessoa o direito a uma nacionalidade, assegurando, inclusive, o direito de mudar de nacionalidade. Proíbe a privação arbitrária da nacionalidade (art. 15º).

Protege a família, como base do Estado e da Sociedade. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Declara que gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (art. 16º).

Garante o direito à propriedade, só ou em sociedade com outros, dispondo, ademais, que ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade (art. 17º).

Reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular (art. 18º). Proclama, também, o direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (art. 19º).

Protege a liberdade de expressão coletiva, reconhecendo a toda pessoa o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação (art. 20º).

Reconhece o direito político de votar e ser votado, assegurando a toda pessoa o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo

102. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 231.

equivalente que assegure a liberdade de voto (art. 21º). Vê-se, por essa disposição, o reconhecimento do regime democrático como o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos. Aliás, é inegável, nos tempos hodiernos, que o regime democrático já não é uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado¹⁰³.

Consagra, com base no princípio da solidariedade, os direitos sociais e econômicos, declarando que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 22º). Protege o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Garante a toda pessoa, sem qualquer distinção, direito a igual remuneração por igual trabalho, reconhecendo pelo trabalho, ademais, uma remuneração justa e satisfatória, que assegure à pessoa, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. Proclama a liberdade sindical, assegurando a toda pessoa o direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses (art. 23º). Ainda como direitos sociais, reconhece a toda pessoa o direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho, e a férias periódicas remuneradas (art. 24º).

Estabelece que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. A maternidade e a infância têm direitos a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social (art. 25º).

Declara o direito à educação, garantindo a toda pessoa o direito à instrução, que deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, e obrigatória no grau elementar. Estabelece que a instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos

direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Reconhece aos pais a prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (art. 26º).

Protege o direito à cultura, garantindo a todos o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (art. 27º).

Estabelece o direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades consagrados na Declaração possam ser plenamente realizados (art. 28º). Com isso, a Declaração visa constituir uma ordem internacional que respeite e realize as exigências da dignidade humana.

Institui deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana é possível. Veda limitações arbitrárias ao exercício dos direitos reconhecidos, assegurando que no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas (art. 29º).

Finalmente, fixa critério de interpretação de suas cláusulas, vedando qualquer tipo de interpretação contra os direitos e liberdades reconhecidos na Declaração. Assim, nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos (art. 30º).

Enfim, com a criação das Nações Unidas em 1945, e a adoção de diversos tratados internacionais voltados à proteção da pessoa humana, os direitos humanos deixaram de ser uma questão interna dos Estados nacionais, passando a ser matéria de interesse de toda a comunidade internacional. A criação de mecanismos judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana e a Corte Européia de Direitos Humanos, ou quase judiciais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, impõe uma superação

103. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 234.

da vetusta idéia de soberania, para exigir a sujeição do Estado às normas internacionais de direitos humanos, já havendo, em alguns países, do qual o Brasil é exemplo (CF/88, art. 5º, § 2º), certa tendência para essa nova realidade. É certo, porém, que a obrigação primária de assegurar os direitos humanos continua a ser responsabilidade interna dos Estados, com a ressalva de que a proteção atual dos direitos fundamentais reivindica a participação de todos os Estados para uma defesa mais eficaz.

Do exame evolutivo dessas Declarações de Direitos percebe-se que existe uma constante e uma lógica nos sucessivos graus históricos da qualificação dos direitos humanos. Do terreno filosófico ao terreno jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos tratados e às Constituições, essas Declarações lograram instituir uma sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral. Desse evoluir histórico das Declarações constata-se a afirmação progressiva de um direito fundamental básico, que repousa na cidadania ativa e participativa em uma sociedade democraticamente organizada, na qual o ser humano é a constante axiológica, o centio de gravidade para o qual convergem todos os interesses do sistema. Afere-se, portanto, desse contexto histórico a afirmação do direito humano fundamental a um catálogo de direitos, reconhecido e assegurado por uma Constituição que o torne efetivo e real. Resulta, enfim, dessa investigação que ora se conclui, como o ser humano necessita e depende de uma Constituição efetiva que organize e defina um Estado voltado a realizar a felicidade humana.

Em suma, como podemos observar das Declarações sumariamente examinadas, é nítida a opção pelo Estado como o *instrumento*, e pelo homem como o *fim*. Não foi sem propósito que a Constituição brasileira de 1988 dispõe, primeiramente, dos direitos fundamentais (Título II) e, somente após, da organização do Estado (Título III) e do Poder (Título IV), dando claras amostras de que o Estado é o *instrumento* por meio do qual o homem – o *fim* – satisfaz os seus direitos. O Estado só existe e só se justifica se respeitar, promover e garantir os direitos fundamentais do homem. O Estado nasce exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais. Isso já era explícito no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, como já foi visto e segundo o qual o “fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem”.

Para além disso, o constitucionalismo sempre exigiu que o Estado se organizasse em função dessa finalidade. Por isso que o art. 16 daquela Declaração francesa exigia da Constituição a garantia dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos do homem são a base do Estado. Ou seja, os direitos

fundamentais constituem o núcleo essencial do ordenamento jurídico-constitucional, servindo de parâmetro e referencial obrigatório para a atuação estatal. E o Estado, como organização política juridicamente organizada, só tem sua razão de ser na *realização e promoção dos direitos fundamentais*, que, em última análise, corresponde à *realização e concretização da própria Constituição*.

Segundo escólio de Paulo Bonavides,

“A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.”¹⁰⁴

Desse modo, para melhor compreendê-los, faz-se imperiosa a incursão ao estudo, ainda que breve, da evolução dos direitos fundamentais, o que se deu por meio de sucessivas e cumulativas fases, chamadas gerações ou dimensões dos direitos.

4.3. A evolução dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração ou dimensão

A consciência ética coletiva, como fundamento filosófico último dos direitos fundamentais, não é um fenômeno estático, paralisado no tempo. Ela amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da História. Se a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, a impor o aparecimento dos primeiros direitos humanos, relativamente às liberdades públicas, a exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos fundamentais. É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo. Daí falar-se em “gerações” ou “dimensões” de direitos, ou seja, em direitos de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Isso leva, por conseguinte, a uma consequência fundamental: a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementaridade. Quer dizer, o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo

104. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 528.

cumulativo, de complementaridade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal de direitos anteriormente reconhecidos.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, às liberdades públicas – consideradas por este autor o núcleo dos direitos fundamentais – se agregam os direitos econômicos e sociais e depois os direitos de solidariedade, mas estes últimos direitos não renegam aquelas liberdades, visam antes completá-las.¹⁰⁵ É necessário, todavia, advertir que essa tradicional distinção entre os direitos da *primeira* e os da *segunda geração* é meramente gradual, nunca substancial, porquanto muitos dos direitos fundamentais clássicos foram reinterpretados como sociais, ganhando nova dimensão. Ademais, no Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos – os da *primeira* geração – estão cada vez mais dependentes do poder público, deste reclamando prestações materiais sem as quais o indivíduo sofre sérias ameaças em sua liberdade¹⁰⁶. Assim, os direitos sociais, típicos direitos da *segunda geração*, devem ser considerados também como instrumento de viabilização das próprias liberdades públicas, cujo gozo pressupõe o direito de acesso aos meios de existência. As liberdades públicas tornar-se-iam pura utopia se o poder público não intervisse para criar as condições materiais necessárias que habilitassem o indivíduo a efetivamente exercê-las. Nesse sentido, as diversas gerações ou dimensões de direitos fundamentais não podem ser examinadas isoladamente, pois a certeza e eficácia de umas depende da certeza e eficácia das demais¹⁰⁷.

Os direitos fundamentais, como vimos, buscam resguardar o homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade. Isso já era noticiado no lema da revolução francesa, que “expressiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”.¹⁰⁸ Os direitos fundamentais, destarte, passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações ou dimensões sucessivas, dando ensanchas ao surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração ou dimensão, que correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi o jurista tcheco-francês Karel Vasak, em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, e inspirado nos ideais da Revolução Francesa

105. *Direitos humanos fundamentais*, p. 28.

106. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, p. 47.

107. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*, p. 57.

108. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 516.

(Liberdade, Igualdade e Fraternidade), o primeiro a propor essa divisão dos direitos humanos em gerações.

Mas já se fala tranquilamente em direitos de quarta geração ou dimensão. E isso é natural, porque a essência do ser humano é evolutiva, uma vez que a personalidade de cada indivíduo é sempre, na duração de sua vida, algo incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um ente em processo de vir-a-ser, que evolui não apenas no plano biológico, mas também no plano cultural¹⁰⁹. E é bem verdade que os da quinta e da sexta geração poderão surgir e ser reconhecidos no futuro próximo, porque nós estamos vivendo apenas uma fase da evolução dos direitos fundamentais, uma evolução que já iniciou desde o século XVIII, com as Declarações de Direitos, até a data presente, mas que continua a seguir. Até porque, como bem ressalta Bobbio, os direitos do Homem não nascem todos de uma vez.

“Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado.”¹¹⁰

As gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais. A dizer, o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão causar substanciais alterações na organização da vida humana e das relações sociais a propiciar o surgimento de novas carências, suscitando novas reivindicações de liberdade e de poder¹¹¹.

Uma explicação prévia, contudo, se impõe. É que, para alguns autores, a expressão *gerações* de direitos é equívoca, circunstância que os anima a propor, com vantagem lógica e qualitativa, a sua substituição pela expressão *dimensões* de direitos, segundo o argumento de que o termo *gerações*

109. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 29-30.

110. Op. cit., p. 06.

111. BOBBIO, Norberto. p. 33.

“pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”¹¹², quando, na verdade, como este próprio trabalho já teve a oportunidade de acentuar linhas atrás, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais é marcado pela nota característica da complementaridade ou cumulabilidade. Todavia, cremos que, só por esse fundamento, não se justificam as preocupações desses autores, haja vista que, como todos sustentam, inclusive eles próprios, a afirmação progressiva dos direitos fundamentais ocorre no âmbito de um processo cumulativo e complementar, de modo que os direitos das gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das novas gerações.

Willis Santiago Guerra Filho, porém, traz-nos um convincente argumento que nos leva à reflexão. De feito, segundo esse autor, é mais adequado o termo “dimensões”, não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por ex., com o direito individual de propriedade, típico direito de primeira geração, em face do advento de novos direitos de segunda geração, assumindo uma *dimensão* que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando *dimensão* que lhe impõe a apreço à sua função ambiental. Assim, afirma o autor:

“Que ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘*dimensões de direitos fundamentais*’ (...), não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”¹¹³ (*grifado no original*).

112. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 49. Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 358: “É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A idéia de ‘gerações’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos fundamentais. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’”; e BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 525: “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

113. Op. cit., p. 39.

Temos que razão assiste a este autor. Opta este trabalho, portanto, pela expressão *dimensões* dos direitos fundamentais, para designar não só as diversas fases de evolução desses direitos, como também para identificar os meios com base nos quais se deve compreendê-los e conciliá-los, nas hipóteses de conflitos, como pode ocorrer, já enunciamos, entre o direito de propriedade (de primeira dimensão) e o direito ambiental (de terceira dimensão).

Esclarecemos, ademais, e com apoio em Bobbio, que não obstante as exigências de direitos encontrarem-se dispostas cronologicamente em diversas fases, dimensões ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta dimensão podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécies¹¹⁴.

4.3.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão: os direitos civis e políticos

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, o que se deu através das Declarações do século XVIII e das primeiras constituições escritas que despontaram no constitucionalismo ocidental, como resultado do pensamento liberal-burguês da época. São direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual impermeável diante do poder estatal¹¹⁵, indispensável ao digno desenvolvimento de cada indivíduo. O reconhecimento desses direitos coincide com a origem do constitucionalismo moderno, que reivindicava postulados como a separação dos poderes e direitos individuais, garantidos por documentos constitucionais. Daí a razão do afamado art. 16 da Declaração francesa de 1789, já comentado e reverenciado pelo presente estudo.

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva). Esses direitos de

114. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 06.

115. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 50.

primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingerência nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades.

Os direitos de primeira dimensão expressam poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do Estado, e correspondem ao *status negativus* da teoria de Jellinek, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre o Estado e a Sociedade¹¹⁶. Eles já se consolidaram universalmente, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão. Por isso mesmo, marcada é a importância desses direitos para o indivíduo que, não obstante o reconhecimento de diversos outros, continuam eles ocupando um lugar de destaque no cenário jurídico-constitucional, embora perpassados mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais.

Todavia, como o ser humano é naturalmente tendente a estender e ampliar sua dimensão pessoal, igualmente os direitos – que são uma de suas principais projeções – tendem a sê-lo, de tal modo que o reconhecimento dos direitos fundamentais ditos de primeira dimensão não estancou a febre pela conquista de novos direitos indispensáveis à contínua satisfação e realização do homem. Surgem os direitos sociais, econômicos e culturais, designados como direitos de segunda dimensão, a se acrescerem, e mesmo a redimensionarem, ao sentido daqueles que compunham os de primeira dimensão¹¹⁷.

4.3.2. Os direitos fundamentais de segunda dimensão: os direitos sociais, econômicos e culturais

O Estado liberal, como se sabe, caracterizava-se por uma ação exclusivamente política. Alheio e indiferente à vida econômica e social, o Estado, na sua versão mínima, preocupava-se apenas com a vida política, dispensando

116. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 517.

117. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*, p. 44.

ao seu elemento humano, tão-só, um tratamento de proteção das liberdades individuais. No campo social e econômico, todavia, o Estado era passivo, contemplativo, não se envolvendo, destarte, nas relações travadas por seus integrantes. Esse Estado do *laissez faire et laissez passer* vigorou nos séculos XVIII e XIX.

O liberalismo, portanto, tinha como traço característico o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem. Seu propósito, assim, era excluir o Estado do domínio privado, interditando-lhe plenamente a ingerência nesse campo, em prol das liberdades públicas. Nesse contexto, sobressai-se a teoria liberal dos direitos fundamentais, segundo a qual estes são direitos de liberdade frente ao Estado, cumprindo ao ente estatal tão-somente garantir-lhes o exercício, sem qualquer embaraço.

A concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, do individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considerava como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro lado, do liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica¹¹⁸.

Adam Smith, sem dúvida a maior expressão do liberalismo econômico, já manifestava, em 1776, qual a sua visão dos fins fundamentais do Estado: a) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles¹¹⁹.

Contudo, foi no próprio século XIX que o mundo assistiu aos primeiros golpes desferidos contra essa doutrina absenteísta do Estado.

Durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro em que se inseria essa corrente dominante do pensamento liberal. As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas aplicações, que se processaram com maior celeridade, a partir da Revolução industrial, o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo, em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos, representam mudanças profundas na vida social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas

118. PARODI, Alexandre. *La vie publique et le vie économique*, t. 10.

119. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7ª v. p. 3-4.

relações sociais, o que exigirá que o Estado, gradativamente, vá abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos¹²⁰, e sobretudo, para satisfazer as necessidades destes.

No entanto, é somente no século XX que o Estado liberal perde o seu primado. Inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica da sociedade, transformações estas que se aceleraram a partir da Primeira Guerra Mundial, porque antes dela já se vinham processando e motivando as mais variadas manifestações justificadoras da *conformação da ordem social pelo Estado*, fruto da reação contra o Estado Liberal. Esta foi determinada por vários fatos que, em síntese, podem ser assim exemplificados: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos.

Tudo isto resultou em se defender, em lugar da *liberdade que oprimia*, a *intervenção que libertaria*¹²¹. O homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender, para desenvolver suas virtualidades. Conforme assevera Manuel García-pelayo, “a experiência histórica acabou demonstrando que o Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas, em sua realização, a situações e poderes extra-estatais”, especialmente os poderes econômicos, de cuja opressão interessa libertar-se. O Estado evolui e mostra-se capaz de realizar a libertação do indivíduo dessa opressão, o que pressupõe, evidentemente, a intervenção nas relações socioeconômicas que permaneciam à sua margem¹²².

Estava instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo. Nasce, nesse contexto, o Estado do Bem-Estar Social. Assim, esse Estado do Bem-Estar e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos

120. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*, p. 7.

121. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico e bem-estar social*, p. 19.

122. García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, p. 203.

fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais. E sem deixar de ser, obviamente, Estado de Direito, vai mais longe e “se dispõe a fornecer escola aos jovens, pensão aos velhos, trabalho aos sãos, tratamento aos doentes, para assegurar a cada um o bem-estar”.¹²³

Esta intervenção, de início, tinha caráter de emergência, com fins econômicos e sociais. Estes, para atender a setores limitados, como os da habitação e das relações de trabalho. Aqueles, para solucionar os problemas econômicos do pós-guerra de 1914 e os surgidos com a crise da década de 20. Posteriormente, passou a ter um caráter definitivo, eis que presente no dia-a-dia dos indivíduos, como essencial à satisfação das necessidades coletivas, notadamente em certos setores-chaves da sociedade, como saúde, assistência social, educação, trabalho, transportes, enfim, os da assistência vital.

Toda essa transformação, portanto, ocorreu em virtude do fracasso do Estado liberal, que não logrou concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas da liberdade e, sobretudo, da igualdade. Com a ascensão do Estado social, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas¹²⁴.

Não há negar, todavia, que o Estado liberal foi o verdadeiro propulsor da civilização moderna. A ele deve-se a gigantesca revolução tecnológica e o aumento, sem precedentes, da quantidade de bens produzidos, eis que foi sob as leis de mercado que se deu o maior surto econômico de todos os tempos. Tais êxitos, porém, não eliminaram a eclosão de uma política obreira e de aspirações de cunho social, que forçaram o intervencionismo crescente do poder público. Ao Estado liberal deve-se, também, a idéia e a noção de Estado de Direito, na sua mais larga significação de uma organização política, cujos elementos estruturais são os direitos e garantias fundamentais, a separação dos poderes, a subordinação do poder à lei, dentre outros¹²⁵.

123. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, p. 263.

124. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 51.

125. BRITO, Edvaldo. *op. cit.*, p. 20.

Mas não bastavam as liberdades individuais. O homem, livre das investidas do Estado, passou a precisar dele, ante os graves problemas sociais e econômicos que o oprimiam. Se no individualismo clássico do Estado liberal, o Estado era o inimigo contra o qual se havia de defender os âmbitos da autonomia individual privada, sob a nova filosofia social o Estado foi convertido no amigo que está obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade¹²⁶. Não bastava, pois, assegurar os chamados direitos individuais, para atingir a plena proteção do indivíduo. A teoria liberal não atribuía ao Estado qualquer responsabilidade – no sentido de afiançar a realização material das liberdades consagradas nos direitos fundamentais – o que levou Ernst-wolfgang Böckenförde¹²⁷ a apontar para sua relativa “cegueira” frente aos pressupostos sociais de realização da liberdade dos direitos fundamentais.

Percebeu-se, assim, que era necessário algo mais, para considerá-lo além de sua dimensão unitária, amparando-o também em sua condição social contra as distorções engendradas pelo desequilíbrio socioeconômico, sem o que lhe faltaria o indispensável resguardo¹²⁸. O movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade social que implantou a idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos fundamentais os chamados direitos sociais, como categoria jurídica concretizadora do princípio da justiça social e que se viabilizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres¹²⁹. Direitos sociais como condições de implementação do objeto primário da justiça social que é, na teoria de Rawls¹³⁰, a estrutura básica da sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da co-operação social. E uma justiça social depende fundamentalmente de como se atribuem direitos e encargos e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.

Surgem os direitos de segunda dimensão, “abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.¹³¹ Esses direitos,

126. Loewenstein, Karl. op. cit., p. 400.

127. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, p. 44 e ss.

128. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, p. 235.

129. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 62.

130. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 7-8.

131. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 518.

reconhecidos no século XX, sobretudo após a primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações. Isso significa que, diversamente dos direitos de primeira dimensão, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. Por isso, são direitos denominados positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito.

O que caracteriza esses direitos é a sua dimensão positiva, dado que objetivam, não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo *ante* o Estado¹³².

Apesar da nota “direitos de cunho positivo” que os distingue, os direitos de segunda dimensão também compreendem as denominadas “liberdades sociais”, das quais são exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve e alguns direitos trabalhistas (tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, entre outros). Esclareça-se, outrossim, que esses direitos referem-se, à semelhança dos direitos de primeira dimensão, ao homem individualmente considerado, não devendo ser confundidos com os direitos difusos e coletivos da terceira dimensão¹³³.

É no século XX, sobretudo após a Primeira Grande Guerra, que esses novos direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos, cabendo a primazia à Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição russa de 1918. Todavia, deve-se à Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a sistematização e o reconhecimento, em termos definitivos, desses direitos. Demonstra-se isso, pelo só fato de haver a Constituição Alemã – que

132. LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 400.

133. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 52.

se constituía em duas partes – dedicado toda a sua segunda parte (Parte II), dividida em cinco títulos (arts. 109-165), aos novos direitos econômicos e sociais, sob a denominação genérica de “Direitos e deveres fundamentais dos alemães”. Não foi, portanto, por acaso que a chamada Constituição de Weimar tornou-se a Constituição paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é – como sublinha Raul Machado Horta – “o marco que separa duas épocas históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal (...)”.¹³⁴ A Constituição de Weimar, efetivamente, representou inquestionável modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos fundamentais, com o despontar dos direitos ditos de segunda dimensão, fonte do Estado do bem-estar social na Alemanha e, posteriormente, no Brasil.

O Brasil – como anota Paulino Jacques – não podia ignorar essa evolução constitucional. Com efeito, disse o citado autor:

“A revolução de 1930 propiciou-lhe a integração na nova ordem. A volumosa legislação social-trabalhista do Governo Provisório, de 1930-1934, demonstrou que estávamos, realmente, integrados no espírito da época. A Constituição de 1934, que incorporou os novos direitos ao seu texto, à maneira de Weimar, revela a irrevogabilidade dessas reivindicações”.¹³⁵

A Constituição de 1934 fundou, no Brasil, o moderno Estado intervencionista. Sob significativa influência da Constituição de Weimar, ela criou um título (Título IV) “Da Ordem Econômica e Social”, com 29 artigos, e um título (Título V) “Da Família, da Educação e da Cultura”, subdividido em dois capítulos (Capítulo I – “Da Família” e Capítulo II – “Da Educação e da Cultura”), com 15 artigos. A influência alemã foi tão grande, a ponto de o saudoso mestre baiano Josaphat Marinho¹³⁶ haver afirmado que o Brasil sofreu um “sopro de socialização”. Esse sopro de socialização perdurou nas constituições seguintes, notadamente nas de 1946 e de 1988.

Acrescente-se a isso a evidente assimilação – com quase integral transcrição de vários artigos da Constituição de Weimar – dos direitos sociais e econômicos pela Constituição brasileira de 1934.¹³⁷

134. *Direito Constitucional*, p. 217.

135. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, p. 473.

136. *A Constituição de 1934*, Revista de Informação Legislativa, n. 94, pp. 17-28, abr./jun. 1987.

137. Com efeito, a identidade saltava aos olhos. As Constituições alemã e brasileira formalizavam suas tendências pela justiça social, como se percebe pela leitura de seus preâmbulos. Expressões como “na liberdade e na justiça, (...)” e de trabalhar para o progresso social” (na Constituição alemã) e “a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” (na Constituição brasileira), denotam a semelhança das duas cartas fundamentais. Na Constituição alemã, a ordem social estava estruturada na Parte II, Seção II – “Da vida social”, enquanto na Constituição brasileira estava prevista no Título

IV – “Da Ordem Econômica e Social”. As duas Constituições consideraram fundamental o direito à educação, dispensando ao mesmo um tratamento específico. A Constituição de Weimar chegava a afirmar que o direito à educação constituía um “direito natural dos pais”. Segundo suas disposições, “o ensino ministrado em todas as escolas visa ao desenvolvimento da formação moral, do espírito cívico e da capacidade individual e profissional, em conformidade com o caráter nacional alemão e com a reconciliação dos povos”. Observe-se que, semelhantemente, a Constituição brasileira assegurava a educação “de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”. A Constituição de Weimar, no art. 146, ainda dispunha sobre a elaboração de um “Plano Orgânico” para a Educação, da mesma forma sucedendo com a Constituição brasileira, que, no art. 150, *a*, previu um “Plano Nacional de Educação”. Ademais disso, a Constituição de Weimar determinava que o Estado e as Comunas prestassem “o necessário auxílio aos pais dos alunos desprovidos de recursos suficientes e dignos de ascenderem ao ensino secundário e superior, até a conclusão dos respectivos cursos” (art. 146). Identicamente, a Constituição brasileira de 34 previa a criação e utilização de um fundo educacional que “se aplicará em auxílio a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas” (art. 157, § 2º). As Constituições (Constituição de Weimar, art. 121; Constituição brasileira, art. 147) protegiam igualmente os filhos, sejam legítimos ou ilegítimos (a Constituição brasileira fala em filhos naturais). Tutelavam também a juventude, que devia ser protegida contra a exploração e o abandono moral, intelectual e físico. Vejam as semelhanças dos arts. 122 e 138, respectivamente, das Constituições alemã e brasileira. No âmbito das ciências e das artes, idêntica foi a influência da Constituição alemã. Vejam-se as semelhanças. Na Constituição de Weimar, foi disposto que as “artes, as ciências e o seu ensino são livres. Incumbe ao Estado protegê-las e contribuir para o seu desenvolvimento” (art. 142). Na Constituição de 34, previu-se que cabe à “União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual” (art. 148). Era na Seção V, Parte II, da Constituição de Weimar, que verdadeiramente se percebia o novel perfil do Estado alemão, ou seja, do Estado do bem-estar social, que foi adotado pela Constituição de 1934. Com efeito, no art. 151 da Constituição alemã estabelecia-se que a “organização da vida econômica deverá realizar os princípios de justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro destes limites deve ser assegurada a liberdade econômica individual”. Demais disso, era “garantida a liberdade de comércio e indústria em harmonia com as leis do império”. Na Constituição brasileira de 34, semelhantemente, encontrava-se previsão de que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica” (art. 115). As Constituições mencionadas (arts. 153 e 113, respectivamente, das Constituições alemã e brasileira) protegeram a propriedade privada, ficando ressalvada a possibilidade de desapropriação em face de interesse social e em favor da coletividade. Foi prevista a nacionalização das indústrias por ambas as Constituições. O art. 156 da Carta alemã estipulava que mediante “indenização e por analogia com as disposições relativas à expropriação, o Império pode, por lei, converter em propriedade da coletividade as empresas econômicas privadas suscetíveis de serem socializadas”. Já a Carta brasileira previa que por “motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvadas os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais” (art. 116). O trabalhador foi decisivamente protegido pelas Constituições alemã e brasileira. No art. 157 da Constituição de Weimar, encontrava-se previsto que o “trabalho está sob proteção especial do Império. O Império instituirá um direito do trabalho uniforme”. Pela Constituição de 34, igualmente a “lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país”. Foi garantida, outrossim, a liberdade sindical (arts. 159 e 120, respectivamente, das Constituições alemã e brasileira). A Constituição alemã de 1919 garantiu a assistência social ao trabalhador, estabelecendo que o “Império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção

Embora reconhecidos e positivados em normas constitucionais, os direitos de segunda dimensão tiveram inicialmente eficácia duvidosa, em face mesmo de sua função de exigir do Estado certas prestações materiais, nem sempre realizáveis, por falta de vontade política ou até mesmo de meios e recursos. Assim, o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos, quais sejam: acesso à saúde, educação, assistência e previdência sociais, ao trabalho, etc. Em razão disso, esses direitos atravessaram, segundo lembra Bonavides¹³⁸, uma crise de observância e execução, cujo fim decerto está próximo, sobretudo nos Estados, como no Brasil, cujas constituições formularam o preceito da aplicabilidade imediata e incondicional de *todos* os direitos fundamentais, de tal modo que os direitos fundamentais da segunda geração, ou simplesmente direitos sociais, “tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”.¹³⁹

Do exposto, e em suma, percebe-se que a passagem para o modelo do Estado Social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente por meio de intervenções ilegais do Estado, mas também através das omissões do poder público¹⁴⁰.

4.3.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão: os direitos de solidariedade

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes e ainda se encontram em fase embrionária. Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo ante o impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento

da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida” (art. 161). Outro tanto sucede com a Constituição brasileira que, no art. 138, alínea c, previa que cabia às entidades políticas “amparar a maternidade e a infância”.

138. Op. cit., p. 518.

139. Op. cit., mesma página.

140. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 170.

mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação¹⁴¹. Não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo.

Enfim, enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas – enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais de terceira dimensão – que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais – consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema importância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade.

Alguns desses direitos fundamentais de terceira dimensão já lograram obter reconhecimento constitucional, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CRFB/88, art. 225), o direito à paz mundial (CRFB/88, art. 4º, VI e VII), o direito à autodeterminação dos povos (CRFB/88, art. 4º, III) e o direito ao desenvolvimento (CRFB/88, art. 3º, II). A maioria, porém, ainda não encontrou positivação constitucional, embora conste em alguns tratados internacionais mais recentes.

4.3.4. Os direitos fundamentais de quarta dimensão: o direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia

Atualmente, há forte tendência doutrinária em reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, em que pese ainda não ter merecido consagração nas ordens jurídicas interna e internacional.

Segundo Bonavides, essa dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem, conforme o autor, os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação

141. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 53.

de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência¹⁴².

O direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica, para o qual convergem todos os interesses do sistema. Nessa democracia globalizada, segundo Bonavides, o controle de constitucionalidade de todos os direitos de todas as quatro dimensões será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema.

Além dos direitos arrolados, é de se reconhecer também, como direitos de quarta dimensão, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia¹⁴³.

4.3.5. Os direitos fundamentais de quinta dimensão: o direito à paz

Paulo Bonavides propõe o reconhecimento do direito à paz como direito de quinta geração, sugerindo a sua trasladação da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais. Segundo o Mestre, o direito à paz merece uma maior atenção e uma maior visibilidade, razão porque, diferentemente do que propôs Karel Vasak, que o relacionou como um direito de terceira geração (direito de fraternidade ou solidariedade), o direito à paz é um direito de quinta geração, *sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações*.

Ressalta o autor que a concepção da paz no âmbito do Direito configurará um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Desse modo, a importância jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da existência da humanidade, elemento de conservação da espécie. Tal relevância unicamente se obtém, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração¹⁴⁴.

De fato, o apelo acadêmico do Mestre procede e tem a minha integral adesão. Um trabalho teórico voltado ao reconhecimento da paz como um direito pertencente a uma dimensão ou geração *exclusiva*, contribuirá, sem

142. BONAVIDES, Paulo, p. 524-526.

143. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 97 e ss.

144. Palestra proferida no 9º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado, no período de 02 a 03 de setembro de 2010, em Salvador/BA.

dúvida, para um esforço mundial de conscientização da humanidade e de seus líderes para a importância, respeito e efetividade desse direito¹⁴⁵.

4.4. Considerações finais

O exame dos antecedentes históricos e da evolução dos direitos fundamentais confirma a idéia de que os direitos fundamentais são o resultado de demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões e toda uma ordem de intolerância que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana. Daí podemos concluir que eles são resultado da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todas as reivindicações, e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau. A evolução dos direitos fundamentais também revela um dado que não é surpreendente: o indivíduo julgou insuficiente os direitos de liberdade como garantia contra o Estado, exigindo uma atuação efetiva do Estado para a materialização real daqueles direitos, com o fornecimento dos meios necessários a uma existência digna.

A evolução dos direitos do Homem só vem enaltecer a sua historicidade. E não podemos deixar de observar – como faz Fábio Konder Comparato – que a compreensão histórica da pessoa humana deu sólido fundamento à tese do caráter histórico dos direitos humanos fundamentais, o que torna, por conseguinte, superada e sem sentido a tradicional rivalidade entre os partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito¹⁴⁶.

Assim, nessa evolução, os direitos fundamentais saem de uma primeira fase na qual se confundiam com o direito natural, situando-se no campo da moral, passando a um estágio de reconhecimento constitucional, até chegarem a uma etapa – que é a atual – onde a maior preocupação reside na busca da efetivação desses direitos.

Todavia, se é certa e procedente a preocupação que gira em torno da efetivação e proteção dos direitos fundamentais, não menos correto é definir-lhes uma fundamentação que possa, inclusive, auxiliar naquela importante missão. Mas, será possível encontrar um fundamento para os direitos fundamentais? É o que se propõe este trabalho a fazer no próximo item.

145. Mas é forçoso ressaltar a posição de alguns autores que defendem como quinta dimensão de direitos fundamentais os direitos decorrentes das relações virtuais e da cibernética.

146. Op. cit., p. 31.

5. FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na doutrina dos direitos do Homem questiona-se sobre a fundamentação filosófica desses direitos, ou seja, busca-se descortinar uma justificação que os torne necessários e os reforce. Nesse contexto, variadas são as vertentes jusfilosóficas que esgrimem, com argumentos não raro excludentes entre si, as concepções justificadoras dos direitos do Homem. Assim, segundo os *jusnaturalistas*, os direitos do Homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os *positivistas*, os direitos do Homem são franquias previstas e concedidas por lei. Na visão dos *idealistas*, os direitos do Homem são pautas ideais recolhidas ao longo do tempo, enquanto para os *realistas* são o resultado da experiência concreta haurida das lutas políticas, econômicas e sociais¹⁴⁷. Ainda há concepções *objetivistas* encarando os direitos como realidades em si mesmas, ou como valores objetivos, ou decorrências de valores, e as *subjetivistas* concebendo-se como faculdades da vontade humana decorrentes de sua autonomia. Ademais disso, há, finalmente, as concepções *contratualistas*, que emprestam aos direitos a categoria de cláusulas do contrato firmado pelo Homem quando ingressou na vida social, e as *institucionalistas*, considerando-os como instituições imanentes à vida comunitária¹⁴⁸.

Diante da variedade dos fundamentos encontrados e expostos pelas inúmeras concepções filosóficas e da dificuldade em harmonizá-los, alguns autores chegam a ver com indiferença o debate acerca dos fundamentos dos direitos fundamentais, negando-lhes qualquer utilidade. Bobbio é enfático quando afirma que o problema dos direitos do Homem não é fundamentá-los, mas sim realizá-los e protegê-los: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.¹⁴⁹ E este é um problema não filosófico, mas sim político.

Bobbio entende, portanto, que é uma ilusão buscar-se um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, que são direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos. Contra essa ilusão ele levanta quatro dificuldades¹⁵⁰.

147. Em síntese lapidar, Pérez Luño, a despeito do processo de positivação dos direitos fundamentais, adverte: “mientras el iusnaturalismo sitúa el problema de la positivación de los derechos humanos en el plano filosófico y el positivismo en el jurídico, para el realismo se inserta en el terreno político, aunque también, como se ha visto, otorgue una importancia decisiva a las garantías jurídico-procesales de tales derechos” (op. cit., p. 62).

148. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 40.

149. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 24.

150. Ibidem, p. 17-24.

A primeira dificuldade consiste na consideração de que “direitos do Homem” é uma expressão muito vaga, sendo de noção imprecisa, pois a maioria das definições são abstratas e genéricas, como aquela segundo a qual os “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem” ou aquela outra que, impregnada de conceitos abertos e insolúveis, concebe os direitos do Homem como aqueles “cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização”.

A segunda dificuldade deriva do fato de que os direitos do Homem variam no tempo, de modo que, o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização, pode não parecer fundamental em outras épocas e em outras civilizações ou culturas, o que torna impossível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente variáveis e relativos.

A terceira dificuldade ocorre em razão de a classe dos direitos do Homem ser heterogênea, pois, entre os direitos reconhecidos nas Declarações, há pretensões distintas e até incompatíveis, não se podendo falar em fundamento, mas de fundamentos dos direitos do Homem. Assim, se os direitos são guiados por pretensões diversas, não podem ter o mesmo fundamento. Além disso, a maior parte dos direitos do Homem sujeita-se a restrições impostas pela necessidade de haver correlações entre eles. Dois direitos fundamentais concretamente incompatíveis não podem ter, igualmente, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto inquestionáveis.

Finalmente, Bobbio relembra, como a quarta dificuldade, que a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi, historicamente, um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Ele aponta para os óbices levantados pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade ao progresso da legislação social e afirma que a oposição contra o reconhecimento dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. E conclui: “O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.¹⁵¹

Enfim, para Bobbio, ao invés de se buscar um fundamento absoluto para os direitos do Homem, deve-se tentar colher, em cada caso concreto, os

151. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 22.

vários fundamentos possíveis, tendo-se sempre presentes as condições, os meios e as situações nas quais cada direito pode ser realizado.

Em sentido contrário, Gregorio Robles adverte que "el problema *práctico* de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema *teórico* de los derechos humanos no es de su realización, sino el de su fundamentación".¹⁵²

Para nós, concordando com Robles, é de supina importância para a teoria dos direitos fundamentais a busca dos fundamentos que justificam os direitos do Homem, como, aliás, é de extrema relevância para qualquer teoria, por imperativo do rigor científico, a identificação do fundamento ou dos fundamentos do objeto descrito. Embora eivado de problemas, não podemos deixar de enfrentar o tema da fundamentação dos direitos do Homem, por várias razões, segundo aponta Robles. Por razões morais, pois é incompreensível defender algo sem saber o porquê, de modo que é impossível defender os direitos do Homem se não se tem consciência da importância da dignidade humana. E fundamentar os direitos do Homem requer, exatamente, ter a convicção dessa importância. Por razões lógicas, uma vez que é através da fundamentação que se delimita o conteúdo dos direitos do Homem, permitindo sua regulação sem descaracterizá-los. Por razões teóricas, por exigência do rigor científico, haja vista que a elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais impõe o conhecimento prévio dos fundamentos do seu objeto. E, finalmente, por razões de ordem pragmática, porquanto a efetividade dos direitos fundamentais depende da descoberta dos seus fundamentos¹⁵³. Percebe-se, portanto, que a necessidade de uma fundamentação dos direitos fundamentais – reforça Jorge Miranda – é iniludível quer no plano estritamente abstrato e teórico, quer no plano da interpretação jurídica, quer no da política legislativa¹⁵⁴.

152. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 11.

153. *Ibidem*, p. 12-16.

154. Op. cit., p. 42. Segundo o autor, "Primeiramente, contestar o interesse do problema da fundamentação dos direitos do homem equivaleria a negar toda ou quase toda a problemática filosófica das relações entre a pessoa, a sociedade e o Estado, a da limitação jurídica do poder político ou até a da natureza do direito subjectivo". "Em segundo lugar, a renúncia à fundamentação poderia inculcar a renúncia também ao referencial ético, sem o qual os direitos fundamentais não poderiam ocupar na ordem jurídica do Estado uma posição proeminente ou exercer uma ação geradora das transformações necessárias. Poderia envolver, para muitos, a resignação perante as leis positivas vigentes ou perante as contingências de sua aplicação; poderia traduzir a recusa de qualquer dimensão utópica ou idealista, única capaz de explicar a luta pelos direitos do homem, ou a perda da universalidade destes direitos num mundo cada vez mais próximo e unificado". "Em terceiro lugar, não tanto a nível de idéias quanto a nível de valores, a existência de algum consenso acerca dos direitos fundamentais é uma das bases de legitimação de qualquer regime ou Constituição. Não terá de ser, porventura, o fundamento último em termos filosóficos, mas será, certamente um requisito mais sólido do que

Revelada a importância da fundamentação dos direitos do Homem, podemos afirmar que os direitos fundamentais têm por fundamento filosófico o fundamento moral, uma vez que constituem

"pautas de deliberação de caráter moral que não de ser tidos em conta na tomada de decisões políticas e jurídicas. Seu caráter moral radica em que fazem referência a aspectos transcendentais da vida dos indivíduos, a aspectos que afetam ao ser moral do homem, a sua dignidade e a sua liberdade."¹⁵⁵

Fábio Konder Comparato, sem discrepar do entendimento acima, propõe que o fundamento último para a vigência dos direitos humanos, além da organização estatal,

"só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais."¹⁵⁶

Para os teóricos da Declaração Universal de 1948, os direitos do Homem constituem um "ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações", o que vem refletir uma visão otimista do progresso e da história como marcha em sentido determinado¹⁵⁷. Assim, antes de serem direitos positivados, os direitos humanos fundamentais são direitos morais decorrentes da própria condição humana. E como tais, ainda que não positivados, devem ser observados e respeitados, por exigência de uma consciência ética coletiva, consistente na convicção generalizada da comunidade de que o homem só vive, convive e desenvolve suas virtualidades se alcançar um estágio ideal de dignidade.

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo.

o simples equilíbrio de forças políticas, económicas e sociais. E nenhum regime pluralista poderá subsistir, a prazo, sem a crença arraigada no valor da liberdade política".

155. ROBLES, Gregorio. op. cit., p. 27.

156. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 57.

157. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 31.

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS, A FUNÇÃO LEGITIMADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL REFORÇADO

Apesar da importante contribuição que as Declarações de Direitos deram para a afirmação e o reconhecimento dos direitos fundamentais, elas careciam da necessária força para a efetivação de suas disposições. Não havia meios para assegurar o acatamento dos direitos fundamentais a que elas imprimiam existência, por lhes faltar o indispensável caráter jurídico.

Tal contingência fez com que se percebesse a indeclinável necessidade de uma formulação jurídica positiva, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais, em face de sua superlativa importância, pelas próprias Constituições estatais, que passaram a subjetivá-los (destinando-os aos seus indivíduos), positivá-los (tratando-os pormenorizadamente em normas-princípios) e fundamentalizá-los, com o propósito de melhor garanti-los e efetivá-los. Tal fenômeno denominamos de *constitucionalização* dos direitos fundamentais. A dizer, para se poder garantir efetivamente os direitos fundamentais, compelindo o Estado a respeitá-los e a promovê-los, foi preciso que as Constituições positivassem em seus textos um catálogo desses direitos, conferindo-lhes os meios necessários para assegurá-los e dotando-lhes de reforçada proteção. Os direitos fundamentais – dir-se-á com razão – só têm sentido quando positivados na Constituição¹⁵⁸, uma vez que, sem esta posituação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações e idéias, mas não direitos protegidos sob a forma de normas de direito constitucional¹⁵⁹. De ressaltar-se, ademais, que não é qualquer posituação que tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, mas tão-somente a posituação em normas constitucionais, notadamente porque esse é o modo de subtrair o seu reconhecimento e proteção à competência do legislador ordinário.

A posituação dos direitos fundamentais pela Constituição é uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo estes direitos ser considerados, nesse sentido, como condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que, com propriedade, já se averbou que “o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo”. Desse modo, os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, conquanto funcionam como base da Constituição. E uma Constituição sem uma declaração de direitos fundamentais não é digna desse nome.

158. NALINI, José Renato. op. cit., p. 80.

159. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 353.

Devemos reconhecer, portanto, que os direitos fundamentais exercem, para além de sua função limitativa do poder, uma importante função de legitimação do poder estatal, na medida em que o poder se justifica pela realização dos direitos do homem. Com a sua posituação jurídico-constitucional, os direitos fundamentais são guindados a parâmetro de aferição de legitimidade, ao mesmo tempo formal e material, da ordem jurídica estatal.

Podemos defender, tranqüilamente, já à vista do direito constitucional pátrio, que a constitucionalização dos direitos fundamentais produz as seguintes conseqüências: a) as normas que os reconhecem situar-se-ão no escalão máximo do ordenamento jurídico positivado, não podendo ser contrariadas por nenhuma outra; b) essas normas se submetem ao processo complexo e agravado de reforma constitucional, servindo de limites formais para o exercício do poder de reforma da Constituição; c) tais normas funcionam, ademais, como limites materiais do próprio poder reformador, já que não podem ser abolidas do sistema constitucional; d) elas são dotadas de imediata aplicabilidade e vinculatividade dos poderes públicos, constituindo parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, e, finalmente, e) são protegidas através do controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do poder público, ante o seu dever de regulá-las, quando carentes de regulação ou simplesmente quando pretendam regulá-las.

A constitucionalização dos direitos fundamentais dota esses direitos de *reforçada* proteção jurídica, sendo-lhes reservado um regime jurídico especial, até mesmo contra as demais normas constitucionais. À luz da vigente Constituição brasileira, esse *regime jurídico reforçado* pode ser identificado à vista do art. 60, § 4º, inciso IV¹⁶⁰ e do art. 5º, § 1º¹⁶¹, além da especial consideração que o constituinte dispensou aos direitos fundamentais, acolhendo, na esteira dos países de primeiro mundo, a concepção material aberta desses direitos, no art. 5º, § 2º¹⁶², complementada pelo art. 5º, § 3º¹⁶³.

160. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...). § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

161. “Art. 5º. (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

162. “Art. 5º. (...) § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

163. “Art. 5º. (...) § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Enfim, a constitucionalização desses direitos torna-os referência imediata, obrigatória e vinculada de organização e de limitação dos poderes constituídos. Isso tem especial relevo quando se evidencia que todos os atos destes poderes devem conformar-se aos direitos fundamentais, expondo-se, caso contrário, à invalidade jurídico-constitucional.

De referência ao Poder Legislativo, é importante enfatizar que os direitos fundamentais impõem-lhe o indeclinável dever à emanção de normas que dêem regulação satisfatória e integral às posições jurídicas que contemplam, quando dependentes de integração legislativa¹⁶⁴. A inércia do legislador em realizar a contento uma imposição constitucional de concretização de direito fundamental configura a ultrajante omissão inconstitucional e dá ensejo à deflagração de um sistema de defesa da constituição, onde a jurisdição constitucional é o centro de gravidade para o qual convergem os meios mais expeditos de se fazer cumprir a vontade do constituinte, representativa da soberania popular.

Esclarecemos, por oportuno, que o dever de editar normas de concretização dos direitos fundamentais carentes de regulação não pode ser confundido nem afastado pela tão reverenciada liberdade de conformação do legislador. Esta consiste tão-somente, segundo defendemos, no espaço livre de deliberação do legislador acerca do “como” dispor normativamente sobre a matéria sujeita à regulação, isto, evidentemente, se a própria norma constitucional não estabelecer o meio a ser adotado. Mas o dever de legislar se impõe. Uma coisa é a obrigação de legislar, outra é como legislar. É evidente que esta última só terá sentido se a primeira se efetivar. Portanto, dever de legislar e liberdade de conformação do legislador devem ser entendidos conjuntamente, servindo de critério para compreensão a seguinte fórmula: o legislador deve legislar, tem a obrigação indeclinável de legislar, mas, quando legislar, cumprindo esse dever constitucional, tem liberdade para decidir como e de que modo fazê-lo. Todavia, essa liberdade de conformação não é um “cheque em branco” que se emite ao legislador, uma vez que ele se

164. Examinando a questão, à luz da Constituição espanhola (art. 53, 1), Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, p. 30, aduz que “Al poder público no le exige la Constitución sólo ‘respeto’ (no transgresión) del derecho fundamental; la Constitución dice que los derechos ‘vinculan’, y en esta expresión, enérgica y amplia, entran también, sin duda, deberes positivos de diverso signo, fundamentados siempre en una visión de los derechos fundamentales no limitada a su imagen primordial de derechos subjetivos, sino abaricante también de su condición ordenadora, en un sentido objetivo, de toda la convivencia jurídica (...). Por ello se debe sostener (...) que sobre el legislador pesa un deber de realizar los derechos fundamentales en la íntegra vida comunitaria (...), deber que, por decirlo en términos aún muy amplios, exigirá, en unos casos, una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y, en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son ‘poderes públicos’”.

encontra sujeito a um conteúdo mínimo (o chamado “núcleo essencial”) dos direitos fundamentais.

O Poder Executivo, por óbvio, também se encontra vinculado aos direitos fundamentais. Todos os atos administrativos e toda a atividade administrativa (compreensiva da atividade material de prestação de serviços públicos e das atividades jurídicas de exercício do poder de polícia administrativo, de fomento e de intervenção) devem ter por parâmetro os direitos fundamentais, de modo que inexistente discricionariedade administrativa quando se está diante de um direito fundamental.

O Poder Judiciário, como a última trincheira de defesa dos direitos fundamentais, também está, evidentemente, vinculado à observância das posições jurídicas que esses direitos consagram. A vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais manifesta-se de forma especial, haja vista que ela não só impõe o respeito deste Poder aos direitos fundamentais, como dele exige uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação abusiva dos outros Poderes que afetam os direitos fundamentais, contrariando-os ou não os realizando total ou parcialmente. O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É neste contexto que se defende a postura ativa do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, notadamente na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provisoriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional.

A primeira Constituição no mundo a subjetivar e positivar os direitos fundamentais, dando-lhes concreção jurídico-constitucional efetiva, foi a Constituição brasileira de 1824, e não a da Bélgica de 1831, como se costuma apontar¹⁶⁵. Todas as Constituições brasileiras tiveram uma declaração de direitos, com destaque para a atual, dado o extenso rol, sem precedentes na história constitucional brasileira, e mesmo assim inexaurível, de direitos fundamentais.

7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais – como categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial num Estado

165. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 171. Não obstante, é inegável que a Constituição norte-americana, a primeira Constituição escrita do mundo, já continha, nas suas dez primeiras emendas de 1791, uma declaração de direitos.

Constitucional Democrático de Direito – possuem características comuns que os identificam entre si e os distinguem das outras categorias jurídicas. Em geral, apontam-se-lhes as seguintes características, sumariamente examinadas:

- a) *Historicidade* – A historicidade dos direitos fundamentais – sem dúvida, uma de suas características mais marcantes – já foi exaustivamente investigada no item 1.4 deste capítulo, para o qual remetemos o leitor, cumprindo aqui tão-somente lembrar que eles não são apenas o resultado de um acontecimento histórico determinado, mas, sim, de todo um processo de afirmação que envolve antecedentes, evolução, reconhecimento, constitucionalização e até universalização. Os direitos fundamentais são históricos, na medida em que emergem progressivamente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação. Enquanto históricos, eles são mutáveis, e portanto, sujeitos a transformações e ampliações, bastando um foco de luz sobre as declarações de direitos para nos apercebermos que aos direitos de liberdade, sucederam os direitos de igualdade e solidariedade.
- b) *Universalidade* – Os direitos fundamentais, por serem imprescindíveis à convivência e existência digna, livre e igual da pessoa humana, destinam-se a todos os seres humanos. Ora, seria uma contradição imperdoável falar de direitos do homem que não fossem universais. É da essência dos direitos fundamentais a sua generalidade, vale dizer, a sua universalidade. Convém esclarecer, contudo, que essa universalidade deve ser compreendida em termos, uma vez que, conquanto existam direitos de todos os seres humanos (como o direito à vida e à liberdade), há direitos que só interessam a alguns (como o direito dos trabalhadores) ou só pertencem a poucos (como os direitos políticos). Ademais, a fixação do conteúdo dos direitos fundamentais fica a cargo da consciência geral e do consenso desenvolvido por determinada comunidade em cada momento histórico e cada lugar, de modo que a universalidade não deve ignorar o diferente significado que um “mesmo” direito fundamental assume em contextos distintos, o que impõe uma consideração constitucional das diferentes realidades, como a dos Estados “periféricos” ou “subdesenvolvidos”.¹⁶⁶ A universalidade, outrossim, não pode significar uma necessária e absoluta uniformidade dos direitos fundamentais.

Não obstante, essas situações excepcionais não invalidam a regra geral, de maneira que é de fundamental importância para a afirmação dos direitos

166. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas características*, p. 56.

fundamentais o processo de universalização dos direitos humanos, que teve como ponto de partida, embora de forma tímida, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e que está longe de se concluir. Recorde-se que, consoante já mencionado linhas atrás, com a criação das Nações Unidas em 1945, e a adoção de diversos tratados internacionais voltados à proteção da pessoa humana, os direitos humanos deixaram de ser uma questão interna dos Estados nacionais, passando a ser matéria de interesse de toda a comunidade internacional. A criação de mecanismos judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos – como a Corte Interamericana e a Corte Européia de Direitos Humanos –, ou quase judiciais – como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas – impõe uma superação da vetusta idéia de soberania, para exigir a sujeição do Estado às normas internacionais de direitos humanos, já havendo, em alguns países, do qual o Brasil é exemplo (CF/88, art. 5º, § 2º), certa tendência para essa nova realidade. É certo, porém, que a obrigação primária de assegurar os direitos humanos continua a ser responsabilidade interna dos Estados, com a ressalva de que a proteção atual dos direitos fundamentais reivindica a participação de todos os Estados na luta para uma defesa mais eficaz dessas posições jurídicas essenciais à existência humana. A universalização dos direitos fundamentais, portanto, é um fenômeno inevitável.

- c) *Inalienabilidade* – Os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis, já que não se encontram à disposição de seu titular. Assim, seu titular não pode despojar-se de seus direitos fundamentais. Ademais, são desprovidos de conteúdo econômico-patrimonial¹⁶⁷.
- d) *Imprescritibilidade* – Em razão de sua inalienabilidade, os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, ou seja, não prescrevem, porque são sempre exigíveis.
- e) *Irrenunciabilidade* – Os direitos fundamentais são irrenunciáveis, uma vez que seu titular deles não pode dispor¹⁶⁸, embora possa deixar de exercê-los. É admissível, portanto, sob certas condições, a au-

167. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 185.

168. STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”

tolimitação voluntária ao exercício dos direitos fundamentais num caso concreto, que deve estar sempre sujeita à *reserva de revogação*, a todo o tempo¹⁶⁹.

- f) *Limitabilidade* – Não há direitos fundamentais absolutos¹⁷⁰. Isto porque “Hay un principio válido para todos los derechos reconocidos en la Constitución: ‘ellos nunca son absolutos, sino pueden ser siempre reglamentados por las leyes por razón de bien común’”.¹⁷¹ São, em essência, direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis. Essa possibilidade de limitação dos direitos fundamentais é recíproca, de modo que um direito pode, *in concreto*, limitar o exercício do outro.

“Isso quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção de outro. É o que, vezes a fio, ocorre entre o direito de informação e o de privacidade, ou entre o direito de opinião e o direito à honra. Nestes casos, a convivência dos direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca.”¹⁷²

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível *in concreto*, atendendo-se a regra da *máxima observância e mínima restrição* dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto. Ademais, há uma ordem excepcional de limitações constitucionais dos direitos fundamentais, que podemos chamar de limitações circunstanciais, pois dizem respeito às restrições impostas circunstancialmente

169. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 435.

170. STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

171. LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Lecciones de Derecho Constitucional*, p. 193.

172. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 83.

durante situações constitucionais de crise, por ocasião da decretação dos estados de sítio e de defesa.

A propósito dessa característica, cumpre acentuar que os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida pela própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos.

Assim, as chamadas *limitações imanentes* dos direitos fundamentais existem para realizar a concordância entre eles próprios ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos.

- g) *Concorrência* – Os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente. Vale dizer, num mesmo titular podem acumular-se vários direitos, como, por exemplo, o direito de liberdade de manifestação do pensamento com o direito de reunião ou associação.
- h) *Proibição do retrocesso* – Sendo os direitos fundamentais o resultado de um processo evolutivo, marcado por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos. Milita em seu favor a proteção da proibição de retrocesso. No plano normativo, essa característica impede a mera revogação das normas que consagram direitos fundamentais ou a substituição dessas normas por outras menos generosas para com tais direitos; já no plano concreto, a eficácia impeditiva de retrocesso obsta a implementação de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais¹⁷³.

Canotilho também defende essa importante característica dos direitos fundamentais, quando alude a um princípio do não retrocesso social, com base no qual os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. Essa proteção dos direitos subjetivamente adquiridos constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de conformação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas, de sorte que o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas ou políticas públicas,

173. ROTHENBURG, Walter Claudius. op. cit., p. 64.

"deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial".¹⁷⁴

- i) *Constitucionalização* – Como já restou deduzido deste trabalho, os direitos humanos são anteriores e superiores ao Estado e, conseqüentemente, anteriores e superiores a qualquer positivação que a eles se intente, pelo simples fato de que são inerentes à condição humana e de fazerem parte da pré-compreensão que a comunidade tem acerca dos próprios valores, e da idéia de Direito que a organiza e disciplina.

Ocorre, entretanto, que a existência desses direitos fica sujeita à condição de seu reconhecimento formal, o que se dá, como já sublinhado, por meio das declarações solenes e das constituições. Mas em razão da ausência de força jurídica das declarações, eles passaram a ser, necessariamente e forte na nota de sua dignidade, positivados em normas de hierarquia constitucional. Daí falar-se da *constitucionalização* dos direitos fundamentais, como característica marcadamente relevante desses direitos, em face da imprescindível proteção que se lhes deve dispensar.

Tal característica produz conseqüências de evidente relevo, que já foram esboçadas no item anterior, a que remetemos o leitor.

8. AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A moderna teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla dimensão¹⁷⁵, ou dupla perspectiva dos direitos fundamentais, na medida em que estes podem ser considerados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, manifestando-se, destarte, ora como *carta de concessões subjetivas*, ora como *limites objetivos de racionalização* do poder e como vetor para a sua atuação. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser apurados não apenas sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares (e nesse sentido eles são autênticos direitos subjetivos), mas também sob o enfoque da construção de

174. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 326-327.

175. Não confundir o tema de que ora se cuida com o já abordado "dimensões ou gerações dos direitos fundamentais".

situações jurídico-objetivas, que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas¹⁷⁶.

Nesse contexto, os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, e a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do *dever jurídico* de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito¹⁷⁷.

Essa dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais está bem delineada na precisa e apurada decisão proferida em 1958, no caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*)¹⁷⁸, muito evocada em doutrina e jurisprudência alemãs, segunda

176. ROTHENBURG, Walter Claudius. op. cit., p. 60.

177. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais*, p. 199.

178. Erich Lüth era presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo e, aproveitando-se disso, conclamou a todos ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) ("Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados"). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar, como valor objetivo, a interpretação do Código Civil. *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: "Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso". *Apud* BARROSO, Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, pp. 109-157, 2005, p. 127.

a qual os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos¹⁷⁹.

Advirta-se, desde logo, que o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada diz com o fato de que a existência e vigência dos direitos subjetivos pressupõem, necessariamente, sua previsão no direito objetivo. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa que a eles é outorgada função autônoma que transcende essa dimensão subjetiva¹⁸⁰, dotando-lhes um *plus* jurídico que reforça a juridicidade das normas de direitos fundamentais.

Ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do *status* jurídico-constitucional da pessoa: como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa (ou seja, de defesa do espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva (isto é, de atualização das liberdades garantidas) de outrem; como elementos objetivos fundamentais da ordem democrática, os direitos fundamentais inserem o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade.

Segundo Hesse¹⁸¹, há uma relação de complemento e fortalecimento recíproco entre essas duas dimensões, pois ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do particular contra os poderes do Estado corresponde seu significado jurídico-objetivo, como *determinações de competências negativas* para os poderes estatais, no sentido de que o *status* fundamental da liberdade e igualdade da pessoa se encontra subtraído do âmbito de competência dos órgãos estatais; e ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, em face de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo, como *elementos da ordem jurídica total da coletividade*, pela qual o *status* da pessoa é organizado, delimitado e protegido, em razão, notadamente, da fixação de *conteúdos fundamentais* dessa ordem jurídica.

179. Cf. BVerfGE 7, 198/204 e ss., apud SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 143.

180. ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 143.

181. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 28-244.

O reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais tem implicado consequências consideráveis. Em síntese lapidar, Paulo Bonavides enumera algumas das mais importantes, que ao diante serão, ao menos em parte, comentadas. Segundo o autor, dessa dimensão resultaram importantes inovações constitucionais, tais como:

"a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; (...) b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia inter privados, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um 'duplo caráter' (...), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante* (...); e j) a introdução do conceito de *pré-compreensão* (...), sem o qual não há concretização"¹⁸² (*grifado no original*).

Consequência relevante a ser comentada, decorrente diretamente da acepção axiológica da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que o enaltecem como um conjunto de valores objetivos fundamentais da comunidade, consiste na aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia aferida não só sob o ângulo do indivíduo perante o Estado, mas também sob o ângulo da comunidade na qual o indivíduo se encontra inserido. Em razão dessa implicação, o exercício dos direitos subjetivos pelo indivíduo está sujeito ao seu reconhecimento pela comunidade da

182. Op. cit., p. 541-542.

qual faz parte, de modo que é plenamente justificável e legítima, com base nessa dimensão axiológica objetiva dos direitos fundamentais, a imposição de restrições aos direitos subjetivos individuais ante os interesses superiores da comunidade, e até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo. Daí afirmar-se, em doutrina, que em face dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais “se explica, por exemplo, a imposição do uso de cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional *vida* ou *integridade física* dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades”.¹⁸³

Outra importante consequência da dimensão objetiva valorativa dos direitos fundamentais reside na *eficácia dirigente* que eles produzem em relação aos órgãos do Estado. Com base nela, podemos sustentar que os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever permanente de concretizá-los e realizá-los. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o *direito fundamental à efetivação da Constituição*, que encarrega todos os órgãos do Estado do *dever-poder* de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição. Contudo, é necessário ficarmos atentos à advertência de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a ordem genérica de efetivar todos os direitos fundamentais não se confunde nem afasta a existência de normas de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que determinam ao legislador a concretização de certas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.¹⁸⁴

É oportuno, outrossim, registrar – embora pareça desnecessário, em razão da evidência – que os direitos fundamentais, ainda numa perspectiva objetiva valorativa, servem de referência ou parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos do poder público.

Ademais das consequências propiciadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais na sua acepção axiológica, a doutrina tem apontado para a existência de certas implicações geradas por essa mesma dimensão, porém com função autônoma, no sentido de não necessariamente vinculadas aos direitos fundamentais numa dimensão subjetiva. Como primeira implicação, sobressai, segundo a doutrina alemã, a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, que os identifica como diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

183. BARROS, Susana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 132.

184. Op. cit., p. 147.

Ligada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, há ainda a importante consequência da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), quer dizer, a eficácia irradiante desses direitos também na esfera privada, tema que iremos nos ocupar mais adiante.

Ocorre-nos apontar ainda que essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá ensejo a um *dever de proteção* do Estado, ao qual incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela defesa daqueles direitos contra agressões providas, não só dos próprios órgãos públicos, mas também dos particulares, ou de outros Estados, devendo o poder público adotar, para bem desempenhar esse dever, medidas positivas das mais variadas ordens (v. g, por meio de proibições, injunções concretas, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, processual, procedimento, organizacional, entre outras)¹⁸⁵. Neste particular, colhemos da Constituição Federal a determinação ao legislador de criar delito específico para a prática do racismo (art. 5º, XLII), como modo de proteção institucional da igualdade no campo étnico, franqueando ao indivíduo, segundo defendemos, um imediato direito subjetivo. Conexa com essa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, cumpre mencionar, por fim, a considerável função dos direitos fundamentais de servirem de parâmetro para a criação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento, que auxiliam, sobretudo, na efetivação de tais direitos, além de servirem, outrossim, como critério de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. A propósito da função que desempenha no domínio da hermenêutica, a doutrina tem se referido – num paralelo ao princípio da interpretação conforme a Constituição – ao princípio da interpretação conforme aos direitos fundamentais.

Em suma, o reconhecimento da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais deve ser considerado, sem dúvida, como uma das mais importantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais, a ponto de alguns autores terem afirmado que a novel perspectiva jurídico-objetiva tem provocado a chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais” (Bettermann)¹⁸⁶. A descoberta dessa dimensão objetiva revela

185. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 149.

186. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 540. Ainda segundo esse autor (p. 540-541), a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais provocou uma significativa variação qualitativa na compreensão dos direitos fundamentais, uma vez que rompeu e mudou uma vetusta relação direta, exclusiva e unidimensional entre o cidadão e o Estado, característica do *status negativus* e do subjetivismo individualista do regime liberal, sucedendo outra relação, agora mais ampla, pluridimensional, característica do *status positivus*, em face da qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado,

que os referidos direitos, para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos e procedimentos, que desempenham função de significativa importância na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação.

Finalmente, é preciso esclarecer que, na relação entre as duas dimensões ora delineadas, há de prevalecer a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por dois argumentos, segundo leciona Robert Alexy: o primeiro reside na própria finalidade principal dos direitos fundamentais, que consiste na proteção do indivíduo, e não da coletividade, desempenhando a dimensão objetiva uma função de reforço da tutela jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; o segundo, que o autor denomina de argumento da otimização, refere-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, pois o reconhecimento dos direitos subjetivos implica num grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que a previsão de obrigações de natureza meramente objetiva¹⁸⁷.

9. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (OU "EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS" OU "EFICÁCIA PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS" OU "EFICÁCIA EXTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS")

Entende-se por *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – também conhecida, conforme a preferência, de "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas" ou "eficácia privada dos direitos fundamentais" ou "eficácia externa dos direitos fundamentais" – a incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo).

Os direitos fundamentais, mormente os conhecidos como direitos de defesa, foram inicialmente concebidos como poderes jurídicos outorgados aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado. Nesse sentido, a doutrina sempre se posicionou pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações indivíduo e Estado.

de modo que os direitos fundamentais, outrora jungidos à relação cidadão-Estado, extrapolam-na, ganhando validade universal e compoem a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direitos constitucionais de cúpula.

187. ALEXY, R. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* nº 29 (1990), p. 60 e ss., *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 155-156. Alexy confirma sua posição noutra obra de sua autoria *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 452.

No entanto, com a complexidade das relações sociais, agravada pela crescente e lamentável desigualdade entre os homens, a doutrina dos direitos humanos começou a perceber que a opressão das liberdades não decorria apenas do Estado, mas também do próprio homem em sua relação com o seu semelhante. Daí a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas poderosas.

Em razão desse quadro, surgiram, basicamente, três teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, quais sejam: a) teorias negativas, que rejeitam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas; b) teoria da eficácia indireta e mediata e c) teoria da eficácia direta e imediata.

Para as *teorias negativas*, os direitos fundamentais só vinculam o poder público, nunca os particulares. Tais teorias foram responsáveis pela criação, nos Estados Unidos, da doutrina do *state action*, que, fundada na intangibilidade da autonomia privada, recusa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa doutrina, contudo, a partir da década de 40 começa a ser mitigada pela jurisprudência da Suprema Corte, que passou a adotar a denominada *public function theory* (teoria da função pública), em conformidade com a qual os direitos fundamentais vinculam os particulares quando estes agirem no exercício de funções públicas.

A *teoria da eficácia indireta ou mediata* defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, condicionando essa incidência, contudo, à prévia atuação do legislador infraconstitucional, que teria o dever de conformar as relações privadas à luz das normas constitucionais definidoras de direitos. Essa teoria foi desenvolvida pioneiramente pelo autor alemão Günter Dürig, em trabalho publicado em 1956, e consagrou-se como a doutrina dominante na Alemanha.

A *teoria da eficácia direta ou imediata*, apesar de defendida originalmente na Alemanha pelos autores Nipperdey e Leisner, não teve aceitação naquele país. Para essa teoria, os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata sobre as relações privadas, independentemente de prévia atividade legislativa. Assim, não só o Estado como também os particulares estão vinculados à Constituição. Essa teoria foi acolhida na Espanha, na Itália, na Argentina e em Portugal. Em Portugal, inclusive, há norma expressa na Constituição (CRP, art. 18º/1), segundo a qual "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

No Brasil há uma tendência, na doutrina¹⁸⁸ e jurisprudência do STF¹⁸⁹, em se adotar a teoria da eficácia *direta ou imediata* dos direitos fundamentais

188. Por todos, conferir BARROSO, Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, pp. 109-157, 2005, p. 141: "O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)".

189. STF, RE 201819/RJ, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Julgamento em 11.10.2005, DJ de 27.10.2006, p. 64: "SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO".

nas relações privadas. Essa tendência não é mais senão a aplicação do que preconiza, entre nós, o § 1º do art. 5º, que determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais também vinculam os particulares, é mais natural que essa vinculação se dê na mesma medida da vinculação do poder público.

10. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GARANTIAS

Se é verdade que a *declaração* dos direitos fundamentais é imprescindível para realização material e espiritual da pessoa humana e para o amadurecimento da cultura democrática, não menos verdade é a necessidade de se *instituírem* garantias que possam assegurá-los.

Ruy Barbosa já chegou a afirmar que é fundamental distinguir "no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a *declaração do direito*"¹⁹⁰.

Em que pese razão assistir ao notável baiano, é indubitoso que as garantias, em certo sentido, são também direitos, que chamaremos de *direitos-garantia*, pois destinados à proteção de outros direitos. Não existem por si mesmas, mas para amparar, tutelar e efetivar os direitos.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹¹, é possível identificar três espécies de garantias. A primeira são as defesas postas a direitos especiais e se manifesta por meio de proibições que visam prevenir violações a direitos, como a proibição da censura para proteger a liberdade de expressão; a proibição das prisões arbitrárias para assegurar a liberdade pessoal de locomoção; a proibição do confisco para garantir o direito de propriedade, entre outras. Podem ser chamadas de *garantias-limite*, pois destinadas a limitar o poder.

A segunda consiste no sistema de proteção organizado para a defesa e efetivação dos direitos. No Brasil, o sistema judiciário; as defensorias

190. BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)*. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, pp. 121 e 124.

191. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 32-33.

públicas e todas as instituições organizadas para a proteção dos direitos. Cuidam-se de *garantias-institucionais*.

A terceira garantia representa o liame entre a primeira e a segunda, pois reúne a defesa dos direitos específicos e o seu sistema institucional de proteção. É o que ocorre com as ações constitucionais, que são garantias de defesa de direitos especiais perante o Judiciário. São as *garantias-instrumentais*.

CAPÍTULO XI

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Sumário • 1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 – 2. Os destinatários dos direitos fundamentais – 3. A eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 – 4. A concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. O significado e alcance da cláusula de “abertura material ou de inesgotabilidade dos direitos fundamentais” do art. 5º, § 2º e o novo § 3º – 5. A classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. Ao lançar um primeiro e breve olhar para a nossa Lei Fundamental, percebe-se imediatamente uma reveladora inovação, de cunho topográfico. Distinguindo-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalinas amostras de que se preocupou prevalentemente com o ser humano, enaltecendo-o como o “fim” do Estado, este considerado “instrumento” de realização da felicidade daquele. Em outras palavras, com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, e isso é um importante subsídio hermenêutico.

Outra importante inovação, digna de referência, foi a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio do título dos direitos fundamentais, evidenciando, de forma irrecusável, sua condição de verdadeiros direitos fundamentais e pondo fim a uma discussão em que, salvo raras exceções, predominava o entendimento de que esses direitos, como se encontravam positivados tão-somente no título da ordem econômica e social, não desfrutavam de força vinculativa própria dos direitos fundamentais, sendo-lhes reconhecida natureza meramente programática.

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais também deve ser citada como relevante inovação. Com efeito, a Constituição de 1988 reconhece extenso rol¹, contemplando direitos das quatro dimensões acima

1. Basta conferir o art. 5º, que se encontrava composto de 77 incisos, muitos dos quais contemplando, individualmente, até quatro direitos fundamentais, como, v. g., o inciso X, que reconhece quatro

brevemente analisadas. Para além disso, não se contentando com esse extenso e expresse catálogo, adotou cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais em face do seu § 2º do art. 5º, que será, ao diante, objeto de exame pormenorizado, e segundo o qual, os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota ou dos tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte. Ressalte-se, ademais, que todos os direitos fundamentais, quer expressos, quer implícitos, quer decorrentes de tratados, encontram-se protegidos pela cláusula de irredutibilidade ou de eternidade consignada no inciso IV, do § 4º do art. 60 da Constituição, sendo elevados pelo Constituinte à condição de limites materiais do poder de reforma constitucional.

Todavia, entre todas as inovações, a que mais se destaca é a contida no § 1º do art. 5º, que determina a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Devido a sua importância, ela também será tema para posterior análise.

Em razão dessas novidades, notadamente aquelas que peculiarizam as normas definidoras de direitos fundamentais por sua aplicabilidade imediata e por sua expressa proteção em face da ação erosiva do legislador constituído ou ordinário – fatores que distinguem essas normas fundamentais de outras normas constitucionais – podemos defender, na esteira da doutrina e jurisprudência alemãs, a existência de um *Sistema de Direitos Fundamentais* no Direito Constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra, com reflexos imediatos no que concerne à sua concretização, aplicação e interpretação².

2. OS DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma a Constituição, no art. 5º, *caput*, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. À primeira vista, pode parecer que os destinatários dos direitos fundamentais são apenas os

direitos fundamentais (à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, todos garantidos pela indenização por danos materiais e/ou morais), e o art. 7º, que é constituído por 34 incisos.

2. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 79. Advirta-se que a identificação de um sistema de direitos fundamentais dentro do sistema constitucional não implica no reconhecimento de uma hierarquia normativa entre as normas definidoras de direitos fundamentais e as demais normas originárias da Constituição, não obstante se possa admitir uma hierarquia axiológica entre elas.

brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, com a exclusão dos estrangeiros não residentes no Brasil e das pessoas jurídicas.

Essa interpretação literal levaria ao absurdo de que não se garante aos estrangeiros não residentes no Brasil, mas que estejam aqui de passagem (v.g., o turista), o direito à vida, à liberdade e a outros direitos e garantias fundamentais; como também não se garante às pessoas jurídicas o direito de propriedade, entre outros compatíveis com a sua natureza.

Na verdade, o art. 5º, *caput*, deve ser interpretado a partir do princípio da unidade da Constituição, para se entender que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras³, com residência ou não no Brasil, são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, *salvo quando a própria Constituição exclui algumas delas*. E há casos de exclusão, pois os direitos políticos foram limitados aos brasileiros, com exclusão dos estrangeiros⁴; e até mesmo entre os brasileiros, alguns direitos só podem ser exercidos pelos brasileiros natos, com exclusão dos brasileiros naturalizados, como o direito de ocupar determinados cargos (art. 12, § 3º).

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já estudado no capítulo atinente às normas constitucionais, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é dotada de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficaz, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isso significa que, como já assentado alhures, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

Assim, não podemos sustentar que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, ficando reservada essa virtude para tão-somente aquelas que desfrutam de uma plena eficácia jurídica, o que significa dizer que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de

3. RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-01, DJ de 25-5-01: “Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido.”
4. Exceto o português com residência permanente no Brasil, que, havendo reciprocidade em favor dos brasileiros, pode gozar dos direitos políticos no Brasil (art. 12, § 1º).

eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição adotada neste Curso, que defende a aplicação *imediata* de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas, olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem.

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 1º, nº 3)⁵, a Constituição de

5. Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

Portugal, de 02 de abril de 1976 (art. 18º, n. 1)⁶ e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, nº 1)⁷, e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento, pairando a seu respeito fértil testilha entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descortinar se o mesmo é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se se limita aos direitos previstos tão-somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele situar-se topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, em princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)⁸. Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*” – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.

Efetivamente, num exame contextual e finalístico da Constituição, percebemos, sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, *em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza*. A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter recebido forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, não seguiu os passos desta, que fixou distintos regimes jurídico-constitucionais (arts. 17 e 18 da CRP) para os direitos, liberdade e garantias do Título II e para os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III, estabelecendo

6. Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

7. Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: “Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. (...)”.

8. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 240 e ss. e PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*, p. 90. Em sentido contrário, recente obra de João Pedro Gebran Neto, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A busca de uma exegese emancipatória*, p. 158 e ss., onde sustenta que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. Esse último autor é seguido por Sergio Fernando Moro, *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 73.

que o princípio da aplicabilidade imediata só alcance os primeiros. Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há de repousar a idéia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas em que consiste essa aplicabilidade imediata, ou ainda, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata? Se de referência ao ponto acerca da abrangência dessa norma a todos os direitos fundamentais, não há muita controvérsia; aqui, porém, concernente ao significado e conteúdo do princípio da imediata aplicação dessas normas, o que não falta é divergência.

Na doutrina vigem duas posições extremadas. Uma entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo⁹; e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa¹⁰.

A primeira posição, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Assim, não compartilhamos o entendimento segundo o qual é desnecessária a norma do art. 5º, § 1º, da CF porque, como defende essa posição, contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois do contrário se estaria atentando contra a *natureza das coisas*. Essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto

9. Nesse sentido, por todos, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 100. Segundo esse autor, a intenção que animou o Constituinte a inscrever na Constituição a cláusula da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais é compreensiva e louvável, uma vez que tem por objetivo evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Contudo, afirma o autor: "Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas". Em seguida, arremata o autor: "Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês".

10. Nesse sentido, também por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 311 e ss.

interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no § 1º do art. 5º é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo em comento, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira, comentando o art. 18º/1 da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para a adoção do nosso art. 5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas preceptivas, normas de *eficácia imediata*, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas aplicam-se mesmo na *ausência de lei*¹¹. Canotilho, em obra individual, reitera essa idéia, quando destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

"a rejeição da 'ideia criacionista' conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos 'direitos fundamentais dentro da reserva de lei' para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*"¹² (grifado no original).

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

José Carlos Vieira de Andrade, também se pronunciando sobre o referido dispositivo constitucional português, que consagra o princípio da imediata aplicação das normas que versam sobre direitos, liberdades e garantias, defende que esse princípio, exatamente por ter a finalidade de revelar a aplicabilidade imediata dessas normas, independentemente de qualquer medida concretizadora, constitui um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo

"como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os

11. CANOTILHO, J. J. Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 164.

12. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1104.

preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”¹³

Percebemos, pois, do pensamento do autor que o juiz está autorizado a proceder a mediação necessária para aplicação imediata dos direitos fundamentais. Enfim, para o citado autor,

“nos termos do n. 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias”.¹⁴

Na doutrina espanhola, colhemos a importante opinião de Eduardo García De Enterría¹⁵, segundo o qual o art. 53, n.º 1, da Constituição Espanhola – que adota, igualmente, cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e tem o mesmo significado do art. 1.º, n.º 3, da Lei Fundamental de Bonn em que se inspirou – acrescentou um *plus* às normas definidoras de direitos fundamentais, que consiste justamente no fato de que tais direitos têm o caráter de direito *diretamente aplicável*, sem necessidade do intermédio do legislador.

Igualmente inescurecível a posição de Medina Guerreiro¹⁶, para quem esse mesmo art. 53, n.º 1, da Constituição Espanhola produz duas consequências, quais sejam, a de impor à administração e aos tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação legislativa e a de vincular o legislador à Constituição, criando uma sujeição tanto na perspectiva negativa (importando na vedação ao legislador de autorizar qualquer intervenção dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente fundamentada), quanto na perspectiva positiva (importando na determinação para que o legislador desenvolva plenamente a eficácia dos direitos fundamentais).

13. ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 256-257.

14. Op. cit., p. 140.

15. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 73. É necessário esclarecer que, na Espanha, por força do art. 53, 3, da Constituição – situação que não existe no Brasil nem tem paralelo com o direito constitucional brasileiro – o princípio da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais não alcança os “principios rectores de la política social y económica”. Assim, segundo o próprio autor, o art. 53, 3, da Constituição Espanhola “condiciona la aplicabilidad judicial de los “principios rectores de la política social y económica” a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo”. No mesmo sentido, CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, p. 54-61.

16. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, p. 04.

Finalmente, na literatura jurídica alemã apreendemos do pensamento de F. Müller que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais revela que esses direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em “virtude de sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”.¹⁷

Na doutrina nacional, temos os escólios de Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, para citar apenas alguns autores brasileiros que enfrentaram, com agudeza, o tema, defendendo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Para Eros Grau,

“o juiz não é, tão-somente, (...), a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um poder-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos”¹⁸ (grifado no original).

Segundo Piovesan, a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, segundo a autora, cabem aos órgãos judiciais

“a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio

17. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 78-79.

18. Op. cit., p. 315-316. Ainda a respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, Grau afirma que essas “normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir *efetividade jurídica* ou *formal*”.

da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras”.¹⁹

De acordo com Barroso, ainda que se afirme ser de pouca lógica o princípio em causa, que prevê que as normas constitucionais são aplicáveis, o que é óbvio, haja vista que a Constituição existe para ser aplicada,

“parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (...)”.²⁰

Compartilhamos, sem dúvida alguma, a doutrina acima exposta. De feito, no seio da Assembléia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, § 1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembléia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “(...) objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta”.²¹ O Deputado Gastone Righi, um dos autores da mesma, ratificou a manifestação do Presidente da Assembléia, asseverando que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse”.²²

Como se observa, era nítida a intenção do Constituinte²³ em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional. Neste particular, cumpre-nos recordar a doutrina de Häberle²⁴ a

19. Op. cit., p. 90-91.

20. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição Brasileira*, p. 142-143.

21. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

22. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

23. Em que pese o direito brasileiro não se alinhar à corrente *originalista* do direito norte-americano, que prestigia a vontade histórica do legislador, é inegável a importância que a investigação histórica tem para a interpretação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais, servindo de poderoso critério ancilar na atividade do intérprete, desenvolvida na tentativa de apreender o sentido e o alcance da norma.

24. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, passim. O autor sustenta que a interpretação constitucional dos “órgãos oficiais” não é nem deve ser a única, uma vez que os cidadãos, os grupos de interesses e a opinião pública em geral constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes da Constituição, porque: “Todo aquele

respeito da interpretação aberta e pluralista da Constituição, com base na qual podemos afirmar que aqueles debates parlamentares acima sumariados, a respeito da emenda que projetou a redação final do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, *constituíram verdadeira interpretação constitucional*. Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, § 1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa. Nesse contexto, sustentamos ser dispensável, ou

que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (p. 15). A interpretação constitucional, para Häberle, é uma atividade que diz respeito a todos. Assim, ele propõe a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação: “É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista” (p. 30). A propósito do que afirmamos no texto, Häberle lembra, em situação semelhante à acima cogitada, o debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974, que constituiu uma interpretação constitucional antecipada: “Parlamentares tornam-se aqui intérpretes da Constituição” (p. 25).

desnecessário, o manejo à ação específica do mandado de injunção²⁵, em que pese reconhecermos sua potencialidade para sanar as omissões lesivas a direitos fundamentais. Por idênticas razões, afigura-se-nos prescindível a propositura das ações de controle das omissões, de índole objetiva, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental, que só encontram serventia e utilidade em relação às demais normas constitucionais carentes de concretização legislativa.

É necessário deixar bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes.

Não se ignora, obviamente, a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação

25. Compartilha-se, aqui, com a posição de Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 263, para quem "a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização". Assim, em razão da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, pode e deve o juiz ou tribunal competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isso seja indispensável ao exercício do direito, decidindo o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O autor, não sem razão, chega a sugerir uma proposta de emenda constitucional que extingue o mandado de injunção. É que, em face da conservadora e desalentadora jurisprudência do STF, o mandado de injunção tem se tornado, quando não um estorvo, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos fundamentais, diz desiludido o eminente autor. E para comprovar o acerto de sua posição, ele dá um exemplo interessante, haurido do art. 5º, inciso XXVI, da CF, que protege a pequena propriedade rural, *assim definida em lei*, da penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva: imaginando inexistir lei definindo "pequena propriedade rural", o pequeno proprietário, para gozar do direito fundamental, deveria ingressar com mandado de injunção no STF, e a prevalecer a posição desta Corte, seria tão-somente dada ciência ao Congresso Nacional da mora. Mesmo prevalecendo o entendimento da maioria da doutrina, que é inigualavelmente mais avançado do que o posicionamento do Supremo, o mandado de injunção consistiria num pedido a esta Corte para que ela definisse, para o caso concreto, o sentido de "pequena propriedade rural". Pela proposta formulada, seria mais simples, célere e prática a prestação jurisdicional se coubesse ao juiz natural da causa – que está, inclusive, mais próximo do jurisdicionado, acrescente-se – esta definição, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, cabendo de sua decisão os recursos próprios previstos no sistema. Para além disso, é necessário lembrar que o mandado de injunção pressupõe norma constitucional carente de concretização pelo legislador, de modo que, diante de uma norma de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata (as que definem direitos fundamentais, por exemplo, *ex vi* do art. 5º, § 1º), ele não seria cabível, sendo o caso de se impetrar o mandado de segurança na hipótese de afronta, por omissão, a direito líquido e certo do titular do direito fundamental em questão.

legislativa (as chamadas normas programáticas), tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social, uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, em face da vinculação de todos os órgãos públicos (*eficácia vertical*) e de todos os particulares (*eficácia horizontal*) aos direitos fundamentais e forte no que dispõem os princípios da aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e da inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do Judiciário encontra-se investido do *dever-poder* de aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas, seja qual for a natureza e a função desses direitos, e isso se dá independentemente de qualquer concretização legislativa.

Aliás, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LICC, segundo a qual "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Impende ressaltar, ademais, que o fato de a norma constitucional definidora de direitos fundamentais remeter ao legislador ordinário a tarefa de regulá-la, não afasta o raciocínio aqui desenvolvido. Isto porque, quando tal ocorre, pretende o constituinte tão-somente – certamente movido por um sentimento voltado a assegurar uma maior segurança e certeza – uma regulamentação geral e uniforme desses direitos para todos os seus titulares, decerto mais conveniente para estes. Até porque a regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial, podendo apenas ser útil pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos²⁶. Desse modo, se

26. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*, p. 38.

"o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser 'direito', e como direito (subjutivo) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independentemente da interpositio legislatoris"²⁷ (grifado no original).

Alguns autores, entre eles Ingo Sarlet²⁸, José Afonso da Silva²⁹ e Celso Ribeiro Bastos³⁰, procuram uma solução intermediária, que, a um só tempo, não neutralize o princípio em causa nem o superestime, haja vista que, muito embora ele se aplique a todas as normas de direitos fundamentais (direitos de defesa e direitos de prestação), há casos em que não se tem como dispensar uma concretização pelo legislador (alguns direitos sociais). Em que pese essa posição reconhecer e emprestar certa dignidade ao princípio em exame, o que a faz merecedora de encômios, é de se ter em conta, todavia, que procurar uma "solução intermediária", por força de contingências de menor relevância, é reduzir a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, virando as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo de afirmação, a duras penas, dos direitos fundamentais, notadamente quando se tem consciência de que esse princípio veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucio-

27. HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjutivo*, p. 53.

28. Op. cit., p. 248-252.

29. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 165. Segundo o autor, "O Título II da Constituição contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Isto abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11º. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia e aplicabilidade indireta". E arremata: "Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes".

30. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 393. Esse autor, comentando o parágrafo primeiro do artigo 5º, conclui, de forma tímida, que "o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador".

nais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo³¹.

Assim, afirmar que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tão-somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, no qual o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora. Hodiernamente, assiste-se, sem dúvida, "à deslocação da doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais". E isso tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a idéia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem³², podendo ser imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta ou deficiência da lei.

Ademais, sustentar que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está condicionado às possibilidades de positivação da norma que os define, significa conferir à cláusula em exame apenas uma *eficácia mínima*, que é atributo de todas as normas constitucionais, inclusive as programáticas³³, independentemente de expressa previsão.

Portanto, o argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa, em última instância, admitir a transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador constituído ou ordinário, já que sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional³⁴.

31. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1104.

32. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia, in: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*, p. 57.

33. GEBRAN NETO, João Pedro. op. cit., p. 41. Esse autor, embora sustente que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos, defende, como nós, a imediata aplicabilidade desses direitos, independente de qualquer concretização legislativa.

34. Nesse sentido, bem lembra Jorge Hage, em *Omissão Inconstitucional e Direito Subjutivo*, p. 72, decisão do *Bundesverfassungsgericht* que reconheceu a competência do Poder Judiciário, em caso de omissão do legislador, a "ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais".

É preciso enfatizar, outrossim, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) e critério vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

Concluindo, por ora, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos.

Logo, não é demais sublinhar, na senda crítica de Bobbio, que é “inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados”.³⁵

4. A CONCEPÇÃO MATERIALMENTE ABERTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. O SIGNIFICADO E ALCANCE DA CLÁUSULA DE “ABERTURA MATERIAL OU DE INESGOTABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” DO ART. 5º, § 2º E O NOVO § 3º

A Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 2º), dando seqüência a uma tradição inaugurada na Constituição de 1891 (art. 78), prevê que os direitos e garantias expressos em seu texto *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)*. Para além disso, a novel Carta Magna dispôs, agora de forma inovadora e logo em seguida ao preceptivo acima transcrito, que esses direitos e garantias expressos, também não excluem outros decorrentes (...) *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*³⁶.

Importa indagar-se qual o significado e o alcance dessas ressalvas constitucionais. Poder-se-ia afirmar que, em face delas, a Constituição brasileira abrigou

35. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 37.

36. Esta última parte do dispositivo, que constituía inovação introduzida pela Carta de 1988, foi acolhida por sugestão de Antonio Augusto Cançado Trindade. Segundo este autor, o “disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições Latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados” (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, p. 407).

o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, de modo a admitir a existência de direitos fundamentais implícitos e decorrentes ou fora da Constituição?

A questão é polêmica. No Brasil, poucos se prontificaram a enfrentá-la e, entre estes, predomina o entendimento de que os direitos fundamentais o são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições formais. Vale dizer, para a maioria que se dispôs a tratar do tema, não há falar em direitos fundamentais em sentido material.

Essa doutrina brasileira, refratária à natureza material dos direitos fundamentais, bem reflete a jurisprudência nacional, que sempre entendeu que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita.

Ousamos, contudo, dissentir desse entendimento, pedindo vênias para lançar os argumentos que seguem, que, em apertada síntese, procurarão demonstrar que os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, máxime quando ela própria contém “cláusula aberta” ou “norma de *fattispecie* aberta” de direitos fundamentais, admitindo que outros direitos, além daqueles que prevê, possam existir, seja em razão de decorrerem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte.

J. J. Gomes Canotilho³⁷, após acenar para a necessidade de uma positivação jurídica dos direitos fundamentais, uma vez que, segundo ele, sem esta positivação jurídica, os direitos humanos “são ‘esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”, citando, inclusive, Cruz Villalon, para quem os direitos fundamentais o são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições formais e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas, *adverte*, por outro lado, que um “discurso como este correria, porém, o risco de ser uma narrativa positivisticamente fechada em clara ‘dessintonia’ com as premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios”.

Essa idéia, segundo o autor lusitano, fica mais clara com o exame da *constitucionalização e fundamentalização* desses direitos, que são aspectos importantes para o reconhecimento jurídico deles.

A constitucionalização é o fenômeno que consiste na incorporação de direitos nas constituições formais. Já a fundamentalização, que o autor define

37: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 353.

com base nas lições de Robert Alexy, é a especial consideração que se dedica à proteção de certos direitos, que pode ocorrer tanto num sentido formal quanto num sentido material.

Num sentido formal, a fundamentalidade, normalmente associada à constitucionalização, gera as seguintes consequências: a) as normas que definem os direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais, que se situam no ápice do ordenamento jurídico; b) por essa razão, sujeitam-se a procedimento especial de reforma; c) manifestam-se, em regra, como limites materiais ao poder de reforma; d) e, finalmente, vinculam imediatamente os poderes públicos.

Já num sentido material, que aqui nos interessa, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Assim, se o direito, em face de seu conteúdo, é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, sobretudo no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa, ele é fundamental, independentemente de ser constitucionalizado. A idéia de fundamentalidade material pode estar ou não associada à de constituição escrita. Ela decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade. Por isso mesmo, como leciona o mestre de Coimbra, só a fundamentalidade material pode fornecer suporte para:

“(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materiais mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16^a/1^a); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerentes à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais [...]”³⁸

Deveras, do mesmo modo que há uma constituição formal e uma constituição material, pode-se conceber, igualmente, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Destarte, apreende-se desta lição que os direitos podem ser formal e/ou materialmente fundamentais³⁹. Serão formal e materialmente fundamentais se, a par de sua relevância para o Estado e para a sociedade, eles estão incorporados a uma Constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamen-

38. CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 355.

39. Nesse sentido José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 78 e ss. Em sentido contrário, Jorge Miranda, op. cit., p. 09, para quem “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material” e Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 86, que entende ser mais adequada a posição que sustenta existir apenas duas espécies de direitos fundamentais: direitos formal e materialmente fundamentais e direitos apenas materialmente fundamentais.

tais se estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade, assim dizendo, não se enquadram, por sua substância e importância, no conceito material dos direitos fundamentais. Finalmente, serão materialmente fundamentais se, embora se revelando, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem constitucionalizados. É importante esclarecer que, muito embora não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por meio da Constituição formal que a noção da fundamentalidade material permite a abertura material a outros direitos fundamentais não previstos expressamente pelo seu texto⁴⁰.

Importa saber se a Constituição brasileira contém *cláusula aberta* que permita acolher os chamados direitos materialmente fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido material, que são aqueles não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, ou seja, de seu conteúdo e importância para sobrevivência e convivência digna do homem em sociedade, são direitos fundamentais, detentores da mesma dignidade dos direitos constitucionalizados.

A essa *abertura material* podemos denominar, com apoio em Jorge Miranda⁴¹, de *não tipicidade dos direitos fundamentais*. Em face dela, entendemos que a Constituição brasileira reconhece a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, na medida em que se associou a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais⁴². Desse modo,

40. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 81.

41. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição*, p. 49-61.

42. O STF, na Adin 939-7 (Min. Sydney Sanches, DJ de 18.03.1994, p. 05165), na qual se discutiu a constitucionalidade da EC nº 03/93 e da Lei Complementar nº 77/93, referentemente à instituição do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu expressamente que o princípio da anterioridade tributária previsto no art. 150, III, b, da CF/88, embora constando fora do catálogo expresso dos direitos fundamentais, constitui, por força da cláusula de abertura material contida no art. 5º, § 2º da Carta Magna, autêntico direito fundamental do contribuinte, admitindo, assim, a consagração do princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais por nossa Constituição. O Supremo entendeu, assim, que sendo um direito fundamental, o princípio da anterioridade tributária está protegido pelo núcleo imutável do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, concluindo pela declaração de inconstitucionalidade da referida EC na parte que excepcionava o princípio da anterioridade na hipótese do IPMF, entre outros princípios. Assim dispõe a ementa do acórdão: “EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar: I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. (1). Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). (2). A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o

são contraditórios na nossa Constituição não só os direitos formal e materialmente fundamentais (a maioria dos direitos fundamentais previstos no catálogo), mas também os direitos só formalmente fundamentais (de que são exemplos os contidos no art. 5º, incisos XXVIII e XXIX e art. 7º, incisos XI e XXIX) e tão-só materialmente fundamentais (estes situados fora do catálogo da Constituição ou até mesmo fora da própria Constituição, como se verá, identificados pelo conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana).

Antes de examinarmos a Constituição brasileira, é de todo oportuno indicarmos as Constituições estrangeiras que seguem a mesma linha, notadamente em razão da doutrina alienígena construída acerca dessas Constituições, que servirá de apoio para os nossos argumentos.

A origem dessa "norma com *fattispecie* aberta"⁴³ remonta à 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, segundo a qual a enumeração de certos direitos na Constituição não seja interpretada como denegação ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou. Com efeito, diz textualmente a referida emenda: "A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo".

A Constituição de Portugal de 1976, trilhando, aliás, o que já estabelecia o art. 4º de sua Constituição de 1911, prevê, no art. 16º, nº 1, que "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". Semelhante regra encontra formulação nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50).

As Constituições brasileiras, com exceção da de 1824, sempre reconheceram a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. É constante na história constitucional brasileira o *caráter aberto* das normas que enunciam os direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição de 1891 estipulava, no seu art. 78:

art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); (...). (3). Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e (...). (4). Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993."

43. CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 355.

"Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna".

A Constituição de 1934, no art. 114:

"Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota".

A Constituição de 1937, no art. 123:

"Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. (...)".

A Constituição de 1946, no art. 144:

"Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

A Constituição de 1967, no art. 150, § 35:

"Art. 150. (...)".

(...).

§ 35. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

A Emenda nº 01/69, no art. 153, § 36:

"Art. 153. (...)".

(...).

§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

E, finalmente, a Constituição de 1988, no art. 5º, § 2º:

"Art. 5º. (...)".

(...).

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A Constituição brasileira de 1988, na esteira das Constituições anteriores, contém preceito expresso que admite a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, *como consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado* (CF, art. 1º, III).

Com efeito, a Constituição brasileira aceita outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. Na correta dicção de José Renato Nalini, “estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”.⁴⁴ Prescreve, pois, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso mostra que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, “sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos (...)”⁴⁵, por meio de outras fontes. Relembremos que, em tema de direitos fundamentais, consoante a concepção tradicional, historicamente ligada ao jusnaturalismo, esses direitos são apenas *reconhecidos* pela ordem jurídica, pois já existentes. Logo, segundo defendemos, não é necessário estejam incluídos numa constituição ou declaração formalizada, para que sejam respeitados. Basta que ostentem a natureza de fundamentalidade material. Essa é a verdadeira inteligência que se extrai da dicção do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que encerra uma “cláusula materialmente aberta” ou “cláusula inesgotável” ou uma “norma de *fattispecie* aberta” de direitos fundamentais, o que demonstra a não tipicidade desses direitos. Nesse sentido sentencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

“a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias ‘não exclui outros resultantes do regime e dos princípios’ adotados. Há nisto o reconhecimento de direitos implícitos.”⁴⁶

Exposto de outro modo, podemos afirmar que a Constituição brasileira reconhece outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Com Canotilho, de sustentar-se que,

“em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma ‘norma de *fattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positivamente concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da acção humana”⁴⁷ (grifado no original).

44. NALINI, José Renato. op. cit., p. 86.

45. Ibidem, p. 86.

46. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 30.

47. Op. cit., p. 379.

A cláusula de abertura material insculpida no art. 5º, § 2º da Constituição dá ensejo à identificação de dois grandes grupos de direitos fundamentais: a) os direitos fundamentais expressos ou expressamente positivados ou escritos, que compreendem (a1) os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais (Título II) ou em outras partes do texto constitucional e (a2) os direitos previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte; e b) os direitos fundamentais não expressos ou não expressamente positivados ou não-escritos, que alcançam (b1) os “direitos implícitos” subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas, e (b2) os “direitos decorrentes” do regime e dos princípios adotados pela Constituição⁴⁸, considerados o regime e os princípios previstos no Título I.

Para além dessa classificação haurida do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, e apesar de nesse dispositivo não haver referência à lei, como há na Constituição Portuguesa, entendemos ser perfeitamente defensável a existência de direitos fundamentais, com assento na legislação infraconstitucional, à vista particularmente de certos preceitos expressos na Constituição Brasileira, como o contido no seu art. 7º (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”). Esses direitos fundamentais, não obstante terem como fonte a legislação infraconstitucional, passam a ostentar, igualmente, a fundamentalidade material, gozando do mesmo regime aplicável aos direitos fundamentais em sentido formal. Ora, se em face de sua substância e importância, esses direitos são considerados imprescindíveis para uma existência digna, livre, igual e solidária das pessoas, marcados, portanto, pela nota de sua fundamentalidade material, conforme expressa previsão contida em cláusula constitucional de abertura material (como é o caso do aludido art. 7º, que fixa a ressalva “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”), impõe-se tê-los como direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, pouco importando se sua fonte é uma lei infraconstitucional⁴⁹. Isto não significa dizer que há direitos fundamentais legais, porque todos são absorvidos pela Constituição, que lhes confere *status* constitucional material.

Em razão de cláusula semelhante na Constituição portuguesa (CRP, art. 16º, n. 1º), a doutrina daquele país tem destacado a distinção entre direitos fundamentais num sentido formal e num sentido material. Vejamos.

48. Compartilha-se da classificação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 92.

49. Reconhece-se que a questão é polêmica, não merecendo os encômios da doutrina.

João de Castro Mendes, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sustenta que, em razão da cláusula de abertura contida no art. 16, n. 1, da Constituição de Portugal, a expressão direitos e deveres fundamentais apresenta um conceito formal e um conceito material. Num sentido formal, os direitos são aqueles concedidos e atribuídos pela Constituição. Num sentido material, os direitos são “aqueles que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, as bases principais da situação jurídica de cada pessoa - (...) -, quer estejam consagrados na Constituição, quer estejam consagrados nas leis ou nas regras aplicáveis de direito internacional”.⁵⁰

Paulo Ferreira da Cunha, também professor lusitano, ao comentar o mesmo art. 16, n. 1, da CRP, aduz que:

“É óbvio que a primeira parte da proposição (‘Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem’) se refere aos direitos fundamentais no sentido formal, e que a segunda parte da mesma (‘quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional’) considera direitos fundamentais em sentido material”⁵¹ (grifado no original).

E prossegue o autor asseverando que o que importa, contudo, é “que tais direitos fundamentais extraconstitucionais realmente sejam direitos, e fundamentais”.⁵²

“A consideração de um direito materialmente fundamental (...) como autêntico direito fundamental implica que terá um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais”.⁵³

Assim, os direitos materialmente fundamentais, reconhecidos pela cláusula aberta contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, sujeitam-se ao mesmo tratamento jurídico dispensado aos direitos formalmente fundamentais. Ou seja, os *direitos fundamentais implícitos* (aqueles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas) e *decorrentes* (aqueles decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição adota) e os *direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo e em tratados internacionais* (ou seja, aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes: são protegidos pela Constituição; não podem ser abolidos, nem mesmo por emenda constitucional e vinculam imediatamente

50. *Direitos, liberdades e garantías – alguns aspectos gerais*, p. 93-117.

51. *Teoria da Constituição*, p. 260.

52. *Ibidem*, p. 260.

53. *Ibidem*, p. 261.

os poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal.

Dúvidas poderão surgir quando esses direitos forem previstos em tratados internacionais. Isto porque, domina entre nós o entendimento de que os tratados internacionais, após devidamente incorporados ao direito interno, são equivalentes às leis ordinárias federais, prevalecendo sobre a lei anterior e podendo ser revogados ou alterados pela lei posterior, submetendo-se, pois, ao princípio *lex posterior derogat priori*. Esta tese da paridade entre tratado e lei federal encontra-se consagrada no Supremo Tribunal Federal desde 1977, quando do julgamento do RE nº 80.004⁵⁴.

Como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, disso “resulta prevalecer sempre o regime do direito tal qual estabelecido na Constituição brasileira sobre o que estiver definido no tratado, seja este anterior ou posterior à Constituição”.⁵⁵ E, prossegue o autor:

“Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal.”⁵⁶

Ousamos discordar da posição do STF e do autor citado. Primeiro, por entendermos que, na linha da moderna doutrina do direito constitucional e do direito internacional, e com fundamento no princípio da suprema dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), os tratados internacionais que consagram direitos fundamentais, distintamente dos tratados internacionais comuns, *gozam de idêntica hierarquia e prestígio da Constituição*, com a observância, ademais, do princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa, quando os direitos

54. Ainda, em sessão realizada em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Com efeito, por 5 votos a 4, venceu a corrente capitaneada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que defendeu a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, vencida a corrente liderada pelo ministro Celso de Mello, que conferia a eles status equivalente ao do texto da Constituição Federal. A primeira corrente – que considera esses tratados acima da legislação ordinária do país, porém abaixo do texto constitucional – admite, entretanto, a hipótese do nível constitucional desses tratados, quando ratificados pelo Congresso pelo mesmo rito obedecido pelo Congresso Nacional na votação de emendas constitucionais: votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos, conforme previsto na EC 45, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF.

55. *Op. cit.*, p. 99.

56. *Op. cit.*, mesma página.

fundamentais previstos em tratados estiverem em contradição com os preceitos da Constituição⁵⁷.

Segundo, porque não se pode olvidar que é a própria Carta Magna – em verdadeira norma consagrada da abertura material a novos direitos fundamentais – que ressalva a existência de outros direitos fundamentais, admitindo como tais aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Terceiro, em virtude de que é também a própria Constituição que impõe ao Estado Brasileiro reger-se nas suas relações internacionais pelo princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Nessa linha de raciocínio, pode-se sustentar que esses direitos materialmente fundamentais também têm envergadura constitucional, por determinação expressa da própria Constituição. É como se a Constituição os absorvesse, dando-lhes o mesmo *status* de norma constitucional. Ora, não podemos falar em direito fundamental “meramente legal”, ainda que admitindo – como aqui se defende – que a lei possa ser fonte de direitos materialmente fundamentais, muito menos aceitar que lei ordinária possa abolir-lo, porque senão, não seria fundamental!

É importante reiterarmos que, ostentando *status* constitucional, esses direitos fundamentais previstos em tratados internacionais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), vinculam imediatamente os poderes públicos e funcionam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, não se admitindo sejam abolidos por emendas constitucionais (art. 60, § 4º, IV). São, assim, direitos fundamentais como quaisquer outros previstos na Constituição, haja vista que os direitos fundamentais – civis, políticos, sociais, econômicos, expressos, implícitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais e previstos em tratados, etc – são indivisíveis. Na hipótese de eventual conflito entre os direitos fundamentais previstos em tratados e os direitos fundamentais expressos na Constituição, a solução jamais poderá

57. Nesse sentido TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, p. 409; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 87 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 132, BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*, p. 165 e MELLO, Celso de Albuquerque. ‘O § 2º do art. 5º da Constituição Federal’. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 25. Segundo este último autor, a “Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais (...). Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”.

ser a de sacrificar um dos direitos fundamentais em colisão, aplicando-se, também aqui, os expedientes de praxe – procedendo-se à ponderação dos valores e interesses em confronto, à luz do princípio da harmonização ou concordância prática.

Mas, de indagar-se: e se o tratado internacional for denunciado? Como resposta, sustentamos que isso é irrelevante, uma vez que o direito fundamental já terá sido absorvido pela Constituição e tornado indestacável e inseparável dela, isto é, insuscetível de ser suprimido, em face da cláusula de irredutibilidade ou eternidade do inciso IV, § 4º do art. 60 da Constituição Brasileira, que consagrou no direito constitucional brasileiro o princípio da irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos fundamentais. Ademais disso, está-se, aqui, lançando os olhos para outro horizonte: o da dignidade e prevalência dos direitos humanos fundamentais, expressamente reconhecidas pela Constituição (art. 1º, III e art. 4º, II), para além do consagrado conceito materialmente aberto desses direitos, o que significa afirmar que é indiferente se a fonte que lhe concedeu publicidade foi extinta. Assim, não compartilhamos com o entendimento corrente de que os direitos fundamentais deixam de existir se o tratado que os reconheceu for denunciado pelo Estado signatário, máxime ante as razões, já declinadas linhas atrás, de que as declarações ou documentos afins não imprimem existência aos direitos humanos, cabendo-lhes tão-somente aclará-los e reconhecê-los. Flávia Piovesan, embora não trilhando a mesma linha aqui defendida, propõe um controle parlamentar do ato de denúncia a cargo do Executivo. Assim, advoga a autora

“que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo processo aplicável ao ato de ratificação. Isto é, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento. Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo de denúncia, como assinala o Direito comparado.”⁵⁸

Firmamos o entendimento de que, inobstante essa cláusula material de abertura a novos direitos fundamentais encontrar-se em parágrafo situado topograficamente no art. 5º da Constituição (que trata exclusivamente dos direitos civis), é irrecusável que ela alcança todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões, seja porque o referido § 2º do art. 5º fala genericamente em “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação a certos e determinados direitos, seja porque os direitos de outras

58. Op. cit., p. 95.

dimensões (sobretudo os direitos sociais e os de solidariedade) são previstos em normas meramente exemplificativas (como, *v. g.*, o art. 6º que, após dispor sobre os direitos sociais básicos à educação, saúde, trabalho, entre outros, explicita “na forma desta Constituição” e o art. 7º, que esclarece que são direitos dos trabalhadores “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”)⁵⁹, seja, finalmente, porque os direitos fundamentais são gravados pela cláusula da indivisibilidade.

Esses direitos materialmente fundamentais, como já sublinhado acima, identificam-se por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Com base neste princípio fundamental, reconhecem-se os direitos materialmente fundamentais, sejam implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais. A dizer, a abertura material a novos direitos fundamentais implica que estes devam ser reconduzidos de forma direta e corresponder ao valor da dignidade da pessoa humana.

Concluindo, podemos afirmar que – como consequência direta do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) – a Constituição Federal adota cláusula aberta, ou de não tipicidade ou inesgotabilidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela catalogados, sejam os subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressos, sejam os decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e decorrentes, que vem desde a Constituição de 1891), sejam, finalmente, os previstos em tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988), desde que ostentem a fundamentalidade material e sejam, conseqüentemente, identificados, no geral, como explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em face disso, havemos de sustentar que, no Brasil, assim como ocorre nos EUA, em Portugal e outros Estados, os direitos fundamentais podem ostentar sentido formal e sentido material, merecendo, ambos, idêntico tratamento jurídico-constitucional. Por essa razão, os direitos fundamentais, encontrem-se ou não positivados na Constituição escrita, são protegidos por ela; não podem ser abolidos e vinculam imediatamente os poderes públicos.

Quando esses direitos forem reconhecidos por tratado internacional introduzido no Brasil, ainda que essa fonte seja extinta (chamada “denúncia”,

no direito internacional), os direitos continuarão a existir, lado a lado com os outros direitos previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição, porquanto absorvidos por esta Lei Fundamental. Logo, é de todo irrelevante discutir-se a natureza, a hierarquia, etc. da fonte que reconheceu o direito. O que importa é que o direito fundamental foi reconhecido por sua fundamentalidade material, incorporado ao direito constitucional e dele não mais poderá sair, salvo por força da manifestação soberana do poder constituinte originário.

Essa é, no nosso modesto sentir, a melhor exegese do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que aderiu, expressamente, a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Por isso que entendemos ser de nenhuma utilidade, partindo dessas reflexões teóricas, a norma prevista no § 3º do art. 5º (inserida pela EC nº 45/04), segundo o qual “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Todavia, tendo em vista o propósito prático e indisfarçável dessa norma, que foi “afastar” a jurisprudência do STF sobre a natureza “legal” dos tratados internacionais de direitos humanos, podemos aplaudi-la, desde que a compreendamos da seguinte forma: *primeiro*, todos os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil só podem ser examinados pelo Congresso Nacional (art. 49, I), mediante a *formalidade processual* ditada no preceito em comento, passando a ostentar, se aprovados, natureza *formal* e *material* de normas constitucionais; *segundo*, todos os tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à EC 45/04 serão *recepcionados* pelo § 3º do art. 5º como *formalmente constitucionais*, pois materialmente já eram.

Só assim, nestes exatos termos, é que conseguimos vislumbrar alguma utilidade e serventia do § 3º do art. 5º.

Contudo, outro foi o entendimento firmado pelo STF. Com efeito, segundo informação extraída do *site* da Corte⁶⁰, em sessão realizada em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *supralegalidade* dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Por 5 votos a 4, venceu a corrente capitaneada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que defendeu a *supralegalidade* dos tratados e convenções

59. Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 87-89.

60. Acesso em 12.12.2008. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258&caixaBusca=N>

internacionais sobre direitos humanos, vencida a corrente liderada pelo ministro Celso de Mello, que conferia a eles status equivalente ao do texto da Constituição Federal.

A primeira corrente – que considera esses tratados acima da legislação ordinária do país, porém abaixo do texto constitucional – admite, entretanto, a hipótese do nível constitucional desses tratados, quando ratificados pelo Congresso Nacional pelo mesmo procedimento obedecido na votação de emendas constitucionais: aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, acrescentado pela EC 45/04.

Tudo resultou quando o Plenário do STF, por maioria, arquivou o Recurso Extraordinário n. 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor – excetuado o inadimplente com alimentos – e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos.

Também por maioria, o STF decidiu no mesmo sentido um terceiro processo versando sobre o mesmo assunto, o Habeas Corpus n. 87585. Para dar consequência a esta decisão, revogou a Súmula 619, do STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Ao trazer o assunto de volta a julgamento, depois de pedir vista em março deste ano, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito defendeu a prisão do depositário judicial infiel. Entretanto, como foi voto vencido, advertiu que, neste caso, o Tribunal teria de revogar a Súmula 619, o que acabou ocorrendo. Nos REs, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionavam decisões que entenderam que o contrato de alienação fiduciária em garantia é insuscetível de ser equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil. O mesmo tema estava em discussão no HC 87585, em que se questionou acórdão do STJ. Sustentou-se que, se for mantida a decisão que decretou a prisão,

estará a pessoa humana “respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo”. Foi utilizado como fundamento a impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, referindo-se ao pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Em toda a discussão sobre o assunto prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição Federal e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionalíssimos. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida. “A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais”, disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. “O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o ‘corpus vilis’ (corpo vil), sujeito a qualquer coisa”. Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que “o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado”. “Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações”, acrescentou ela. No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que “há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos”.

O Ministro Menezes Direito filiou-se à tese hoje majoritária, no Plenário, que dá status supralegal (acima da legislação ordinária) a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal.

No voto que proferiu em 12 de março, quando o julgamento foi interrompido por pedido de vista de Menezes Direito, o ministro Celso de Mello lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia. O

mesmo, segundo ele, ocorre com o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa esta proibição, enquanto a Constituição brasileira de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre o assunto. Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro lembrou que, naquele evento, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo. O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal. Ele ponderou, no entanto, que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la. A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, duas teses se formaram no STF. O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um status *supralegal*, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF). Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º do artigo 5º da CF. No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito. Foram votos vencidos parcialmente – defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Até o momento, o único ato internacional de direitos humanos aprovado nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal e, por conseguinte, equivalente a emenda constitucional, foi a “Convenção Internacional sobre

os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

Cuida-se, é verdade, de um importante avanço do Brasil na política internacional e nacional de proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Isto porque, o propósito declarado da Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência, e promover o respeito pela sua dignidade inerente, obrigando-se o Estado, entre outras coisas, a levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada.

5. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A busca de uma classificação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais é um dos grandes desafios que tem atormentado a moderna dogmática desses direitos. Contingências como a sua multifuncionalidade, sua distinta e complexa estrutura normativa, assim como as particularidades próprias de cada ordenamento constitucional e os variados critérios de que se tem utilizado a doutrina, têm contribuído para uma superlativa dificuldade em fixar uma classificação adequada e de consenso.

Sem embargo, é de todo relevante tentar enfrentar o tema, dada sua grandeza para a teoria dos direitos fundamentais, máxime quando se percebe que é, através da classificação, que se permite não apenas obter uma visão panorâmica do conjunto de tais direitos, mas também identificar o regime jurídico-constitucional aplicável.

Há, na doutrina, diversas propostas de classificação dos direitos fundamentais. José Afonso da Silva⁶¹, por exemplo, propôs-se a classificá-los, com base no critério de seu conteúdo (que se refere, simultaneamente, à natureza do bem protegido e ao objeto de tutela), em cinco grupos: a) *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, por meio dos quais se reconhece autonomia aos indivíduos, reconhecidos como direitos individuais (art.

61. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 186-187.

5º); b) *direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade*, que correspondem aos chamados direitos coletivos (art. 5º); c) *direitos fundamentais do homem-social*, que constituem os denominados direitos sociais e culturais (art. 6º); d) *direitos fundamentais do homem-nacional*, que dizem respeito aos direitos de nacionalidade (art. 12); e) *direitos fundamentais do homem-cidadão*, consentâneos com os direitos políticos (art. 14).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶² formula uma tipologia dos direitos fundamentais que também leva em conta o seu objeto, diferenciando quatro espécies de direitos: a) as liberdades, consistindo nos poderes de fazer (seu objeto são ações ou omissões, *v. g.*, liberdade de ir e vir e o direito de greve); b) os direitos de crédito, correspondendo aos poderes de exigir prestações positivas (seu objeto são contraprestações positivas, *v. g.*, direito à educação e à saúde); c) os direitos de situação, fundados nos poderes de exigir um *status* (seu objeto é uma situação a ser preservada ou restabelecida, *v. g.*, os direitos de terceira geração); d) os direitos-garantia, que se subdividem em direitos a garantias-limite (são direitos a um não fazer, *v. g.*, direito de não sofrer censura) e direitos a garantias-instrumentais (são direitos de ação e seu objeto é uma prestação judicial, *v. g.*, o direito ao mandado de segurança e *habeas corpus*). O autor formula, ainda, outra classificação, agora levando em conta o titular dos direitos fundamentais, distinguindo-os em quatro espécies: a) os direitos individuais; b) os direitos de grupos; c) os direitos coletivos; d) os direitos difusos.

Na literatura estrangeira encontramos importantes contribuições, con-vindo mencionar a de Carl Schmitt⁶³, que distingue quatro grupos de direitos fundamentais: a) os direitos do homem individual livre que são “derechos que él tiene frente al Estado”, como liberdade de consciência, liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência e propriedade privada; b) os direitos do indivíduo em relação com outros indivíduos, como a livre manifestação de pensamento, a liberdade de discurso e imprensa, liberdade de culto, liberdade de reunião, liberdade de associação e de sindicalização; c) os direitos de cidadania, que pressupõem o cidadão que vive no Estado e “Tienen por eso un carácter esencialmente político”, como a igualdade perante a lei, o direito de petição, o direito de igual sufrágio e o direito de igual acesso a todos os cargos público, e e) os direitos socialistas, “del individuo a prestaciones positivas del Estado”, como o direito ao trabalho, à assistência, socorro, educação e instrução.

62. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 101-102.

63. *Op. cit.*, p. 170-174.

Essas propostas, entretanto, revelam-se insuficientes. Uma proposta satisfatória é aquela que prestigia as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais na ordem jurídica, sobretudo porque a classificação em consonância com o critério funcional é abrangente e compreensiva, o que permite sua adaptação às especificidades do ordenamento constitucional local. Nesse contexto, ressoa a importância da teoria dos quatro *status* de Jellinek, já brevemente examinada neste livro, a partir da qual se pode formular uma sugestão classificatória proveitosa.

Não temos, porém, a ambição de inovar nesse tema, que importantes contribuições tem recebido, tanto da doutrina estrangeira (R. Alexy, Canotilho, Vieira de Andrade, entre outros) como na nacional (Sarlet, Pereira de Farias, e também outros).

Firmemos apenas a nossa posição em aderir à proposta classificatória elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁴ que, tendo por critério as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, tão bem satisfaz as condições acima apontadas como imprescindíveis a uma classificação constitucionalmente adequada e que se ajusta ao direito constitucional pátrio. Assim, segundo o citado autor, que segue orientação de R. Alexy⁶⁵, os direitos fundamentais classificam-se em dois grandes grupos: a) *os direitos fundamentais como direitos de defesa* e b) *os direitos fundamentais como direitos a prestações* (de natureza fática e jurídica), que, por sua vez, se subclassificam em (b1) *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e (b2) *direitos a prestações em sentido estrito* (direitos a prestações materiais sociais ou simplesmente direitos sociais).

64. *Op. cit.*, p. 170 e ss.

65. Segundo lições de Alexy, a base da teoria analítica dos direitos fundamentais é uma tríplice divisão das posições jurídicas, por ele designadas como: 1) *direitos a algo*; 2) *liberdades* e 3) *competências*. Os *direitos a algo* podem ser concebidos como uma relação tríade entre o titular do direito, o destinatário do direito e o objeto do direito (A tem frente a B um direito a C). O objeto do direito a algo é sempre uma *ação* do destinatário, que pode ser uma *ação negativa* ou uma *ação positiva* (fática ou normativa). Quando o objeto for uma ação negativa, temos os “direitos de defesa”; quanto for uma ação positiva, temos os “direitos a prestações”. As *liberdades* são permissões que garantem ao indivíduo exercer ou não exercer as faculdades inerentes a um comportamento. Para Alexy, é necessária uma norma positiva que assegure essa liberdade fundamental, como forma a evitar que o legislador ordinário venha a restringi-la. Assim, se se consagra positivamente a liberdade de cultos religiosos, permitindo o seu exercício, será inconstitucional toda lei que venha a proibir ou restringir a prática dessa conduta. Já as *competências* consistem na capacidade de o indivíduo, possuidor de certa competência e através de determinadas ações, modificar situações jurídicas, como as decisões que pode tomar para depois de sua morte, por meio do testamento (*op. cit.*, p. 186 e ss.).

Dediquemos um pouco de nossa atenção a essa classificação, esclarecendo que esta investigação – como sugere o próprio título do presente capítulo – não tem a pretensão de ser exaustiva sobre o tema.

Os *direitos fundamentais como direitos de defesa*, que Alexy chama de *direitos a ações negativas*, são todos aqueles que desempenham a função de tutela da autonomia individual, de seu âmbito afastando a ação abusiva do Estado. São o *status negativus* ou *status libertatis* que correspondem aos direitos de primeira dimensão, já examinados neste trabalho, compreendendo – apenas para recordar alguns deles – as liberdades fundamentais (locomocão, de pensamento, de consciência, de culto, de imprensa, de reunião, de associação, entre outras), a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade. À luz do texto constitucional vigente, pode-se afirmar que os direitos individuais e coletivos (seria até melhor chamar estes últimos de direitos individuais de expressão coletiva, porque tipicamente coletivos não são) catalogados no art. 5º são direitos de defesa. Ademais, até alguns direitos sociais, de que são exemplos os direitos dos trabalhadores (art. 7º, incisos XIII, XIV, XXVI, XXIX, XXX, XXXII, XXXIV; art. 8º e art. 9º), são direitos de defesa, em face da função de tutela que desempenham, pois que também reclamam uma abstenção por parte dos seus destinatários, não dependendo de quaisquer prestações positivas para serem desfrutados, e que por isso mesmo são propriamente denominados de liberdades sociais.

Ingo Sarlet, partindo do critério da função preponderante, ainda engloba entre esses direitos de defesa – o que para nós está correto – os chamados direitos de cidadania, que envolvem os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos sobre os partidos políticos (respectivamente os capítulos III, IV e V do Título II da CF), sem negar que alguns desses direitos ostentam função prestacional, mas apenas de forma indireta (com exceção do art. 17, § 3º que tem função diretamente prestacional), bem assim insere entre esses direitos as garantias fundamentais, sejam elas direitos-garantia, sejam garantias institucionais⁶⁶.

Segundo Alexy⁶⁷, os direitos de defesa podem manifestar-se em três situações, já examinadas no item 3.1 deste capítulo, como funções dos direitos de defesa: a) *direitos ao não impedimento de ações*, que consistem em direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito (ex.: direito de não ser impedido de gozar as liberdades de locomoção e manifestação de opinião); b) *direitos à não afetação de pro-*

priedades e situações, que dizem com os direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito e c) *direitos à não eliminação de posições jurídicas*.

Os *direitos fundamentais como direitos a prestações*, que Alexy designa de *direitos a ações positivas*, são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza *normativa* ou *material*, que possam implementar as condições fáticas, e pressupostos que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. São o *status positivus* de Jellinek e correspondem aos direitos de segunda dimensão, fruto da transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático Social de Direito. Vale dizer, a consagração desses direitos marca a superação de uma perspectiva liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas⁶⁸, com vistas a proteger o homem de agressões de outros homens, à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Os direitos a prestações, enquanto direitos subjetivos, constituem relações trivalentes entre o titular do direito, o seu destinatário (o Estado) e uma ação positiva do Estado. Isso significa que, toda vez que existir uma relação deste tipo, o titular do direito fundamental tem competência para impor judicialmente o direito, haja vista que, “si un titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a *a* el deber de realizar *h*”⁶⁹.

Dentro desse segundo grupo genérico, Alexy⁷⁰ distingue grupos específicos, apontando, primeiramente, para o fato de que, conforme o seu objeto, os direitos a prestações ou a ações positivas dividem-se em direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais). Haverá um direito à prestação fática quando se supõe um direito a um mínimo vital, como o direito à saúde, à educação, à assistência e previdência sociais, ao salário mínimo, etc. Advertimos, com Alexy, que é irrelevante a forma jurídica da realização da ação para a satisfação do direito, sendo esta circunstância, aliás, “el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. Existirá um direito à prestação normativa quando se pressupõe um direito à emanção de atos estatais de imposição de normas. Alexy exemplifica com o direito do nascituro à proteção através de normas penais.

68. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 101.

69. ALEXY, Robert. op. cit., p. 431.

70. Op. cit., p. 194-196.

66. Op. cit., 178-188.

67. ALEXY, Robert. op. cit., p. 189-194.

Ademais, por não se reduzirem a prestações materiais ou fáticas, essa categoria compreende também os *direitos à proteção* (no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado) e os *direitos à participação na organização e procedimento*, de modo que os direitos a prestações, como gênero, englobam, como espécies, os *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (direitos a prestações materiais sociais). Essas duas espécies de direitos a prestações ainda se distinguem fundamentalmente, em razão de os primeiros (direitos a prestações em sentido amplo) poderem ser reconduzidos às funções do Estado de Direito de matriz liberal – uma vez que dirigidos primordialmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva – e os segundos (direitos a prestações em sentido estrito) poderem ser reportados à posição ativa dos órgãos do Estado como reflexo do Estado Social, consistente na criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais. Percebe-se, daí, que as ações positivas do Estado que podem ser objeto dos direitos a prestações vão desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos através de normas de direito penal (direito à proteção), passando pelo direito ao estabelecimento de normas de organização e procedimento (direito à organização e procedimento) até as prestações a bens materiais (direitos sociais)⁷¹.

Importa, por derradeiro, esclarecer que os direitos a prestações em sentido amplo suscitam o *direito subjetivo público às prestações normativas* por parte do Estado, investindo os órgãos estatais do *dever jurídico* de emitir normas jurídicas de proteção de bens constitucionalmente garantidos (direito de proteção) e normas jurídicas de organização e procedimento (direito de participação na organização e no procedimento). Tendo por objeto as prestações normativas, abrangem todas as posições jurídicas prestacionais não-fáticas. Já os direitos a prestações em sentido estrito, mais conhecidos como direitos sociais, por terem como objeto as prestações não-normativas, ensejam o direito subjetivo do indivíduo às prestações fáticas ou materiais, atribuindo ao Estado o dever jurídico de, em as satisfazendo, erradicar as distorções econômicas e sociais produzidas na sociedade. Essas prestações correspondem, segundo Alexy⁷², àquelas que o indivíduo, caso dispusesse de recursos necessários e em existindo no mercado oferta suficiente, poderia obter de particulares, e consistem em prestações relacionadas à saúde, à educação, à assistência social, etc.

71. ALEXY, Robert. op. cit., p. 427.

72. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 482.

Ressaltamos, entretanto, que o fato de o objeto desses direitos sociais consistir em prestações materiais ou fáticas, não significa que não reclamem, por vezes, atuação legislativa. Em geral, percebemos que as prestações materiais necessárias ao desfrute dos direitos sociais são implementadas pelo legislador. Isso não significa, por outro lado, que é o legislador que criará o direito. *Este já foi criado e conferido pela Constituição, com conteúdo suficiente para ser, desde logo, usufruído, de modo que, se inexistir o atuar legislativo, pode o Judiciário garantir o seu exercício*, no desempenho de sua função de controle das omissões do poder público, como veremos ao diante.

Esses direitos fundamentais a prestações (jurídicas e materiais), sejam no sentido amplo, sejam no sentido estrito, podem ser considerados como *direitos originários a prestações* ou *direitos derivados a prestações*, valendo aqui a distinção que já fizemos a respeito no item 1.3.2 deste Curso, quando examinamos as funções dos direitos fundamentais, em especial a sua função de prestação. Cumpre-nos, apenas, sumariamente lembrar que direitos originários a prestações são aqueles que possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer *interpositio legislatoris* – o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. De feito, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da Constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações concretas que constituem seu objeto. Enquanto os direitos derivados a prestações são aqueles já concretizados pelo legislador ordinário e que somente podem ser deduzidos, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional. Tais direitos derivados têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais ora existentes, com base no princípio da igualdade.

Ainda consoante as lições de R. Alexy, todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Em outras palavras, são direitos que exercem a função de *status positivus*, na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa. “Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones”.⁷³

73. Op. cit., p. 427.

Os direitos à proteção consistem na prerrogativa que tem o indivíduo de exigir do Estado que adote providências necessárias para protegê-lo contra a ação de terceiros que vise afetar seus bens fundamentais. O objeto de tutela desses direitos é amplo, incluindo todos os bens dignos de serem protegidos, como, por exemplo, a vida, a saúde, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos variadas são as formas possíveis de proteção desses bens. Assim, essas providências de proteção a cargo do Estado podem ter a natureza de medidas de caráter penal, administrativo, processual, procedimental e até injunções concretas e fáticas dos órgãos do Estado, de natureza preventiva ou repressiva. Em que pese essa variedade de medidas de proteção, há um ponto comum por detrás disso: os direitos à proteção são, segundo escólio de Alexy,

"derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que este realice acciones positivas fáticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación".⁷⁴

De um modo geral, os direitos à proteção impõem ao Estado o dever jurídico de organizar, por ações positivas fáticas ou normativas, o sistema jurídico de tal modo que assegure uma relação de respeito mútuo entre os sujeitos jurídicos iguais. Logo, distintamente do direito de defesa, que é oponível contra a ingestão do Estado, o direito à proteção exige uma atuação estatal contra terceiro, estando ligado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Reconhecem-se, outrossim, como direitos a prestações os *direitos fundamentais de participação na organização e procedimento*. Esse reconhecimento se faz pela íntima vinculação que existe entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, havendo iniludível interpenetração entre essas três categorias, pois, como aponta Ingo Sarlet, se os direitos fundamentais são, de certo modo, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes eles também exercem certa influência, que se revela na medida em que esses direitos podem ser considerados como referência ou parâmetro para a criação das organizações e dos procedimentos, servindo, ademais, como vetores para aplicação e interpretação das normas procedimentais⁷⁵ e das normas jurídicas em geral.

São objeto desses direitos de participação na organização e no procedimento tanto o direito à emissão de normas procedimentais como o direito

74. ALEXY, Robert. op. cit., p. 436.

75. Op. cit., p. 197.

a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento conforme aos direitos fundamentais. Esses direitos são considerados como posições jurídicas deflagradoras da institucionalização de mecanismos jurídicos que garantam o próprio exercício dos direitos fundamentais, através da criação de organizações e procedimentos hábeis a fornecer condições para a realização dos direitos fundamentais, ao longo do próprio funcionamento dessas organizações e procedimentos. São direitos que dependem, para sua realização, tanto de providências do Estado com vistas à criação de órgãos, como de medidas fadadas a ordenar a fruição de certos direitos ou garantias, como aquelas de natureza processual-constitucionais (direito de acesso a justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa e do contraditório; direito ao juiz natural).

Finalmente, os *direitos fundamentais a prestações em sentido estrito* são todos aqueles que correspondem aos direitos sociais propriamente ditos, consistentes em posições jurídicas que objetivam realizar os ideais de liberdade e igualdade materiais, reais e efetivas, pressupondo um comportamento ativo do Estado no fornecimento de prestações materiais sociais (saúde, educação, assistência social, cultura, etc.). Examinando esses direitos fundamentais prestacionais, sobretudo ante os argumentos contrários que são normalmente levantados contra sua outorga jurisdicional – como aqueles relacionados ao princípio da reserva do possível e da separação dos poderes –, sublinha Alexy⁷⁶ que a cada um desses direitos jusfundamentais correspondem as posições de prestações jurídicas como direitos fundamentais sociais que são constitucionalmente tão importantes, que seu outorgamento ou não outorgamento não pode cair livre à simples maioria parlamentar.

Sem embargo do que aqui se sustentou, cumpre apresentar, por uma questão apenas metodológica e de simples didática, a seguinte classificação dos direitos fundamentais, colhida do próprio texto expresso da Constituição e que servirá de roteiro para este livro: *Direitos Individuais e Coletivos*; *Direitos Sociais*; *Direitos de Nacionalidade*; *Direitos Políticos*; e *Direitos relacionados aos Partidos Políticos*.

76. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 494.

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Direito à vida – 3. Direito à igualdade – 4. Direito à liberdade: 4.1. Liberdade de ação e o princípio da legalidade; 4.2. Liberdade de locomoção; 4.3. Liberdade de opinião ou pensamento; 4.4. Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; 4.5. Liberdade de informação: 4.5.1. O direito de informar e a liberdade de informação Jornalística. O direito de crítica jornalística; 4.6. Liberdade de consciência e crença. A escusa de consciência; 4.7. Liberdade de reunião; 4.8. Liberdade de associação; 4.9. Liberdade de opção profissional – 5. Direito à privacidade: 5.1. Direito à intimidade; 5.2. Direito à vida privada; 5.3. Direito à honra; 5.4. Direito à imagem; 5.5. Direito à inviolabilidade da casa; 5.6. Direito ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – 6. Direito de propriedade: 6.1. Propriedade intelectual; 6.2. Direito de herança – 7. Direito de petição – 8. Direito de certidão – 9. Direito de acesso à justiça – 10. Direito à segurança jurídica: 10.1. Garantia do direito adquirido; 10.2. Garantia do ato jurídico perfeito; 10.3. Garantia da coisa julgada – 11. Direito à garantia do devido processo legal – 12. Direito às garantias do contraditório e da ampla defesa – 13. Direito à segurança em matéria penal e processual penal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição dispõe no art. 5º dos direitos *individuais e coletivos*. Por direitos individuais deve-se entender todos aqueles que visam a defesa de uma *autonomia pessoal* no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular. Já os direitos coletivos destinam-se, não à tutela da autonomia da pessoa em si, mas à proteção de um grupo ou coletividade, onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta.

O art. 5º compõe-se de 78 incisos. Contempla uma das maiores declarações de direitos do mundo, o que reflete a preocupação da Constituição com a proteção dos direitos humanos. Começa, em seu *caput*, dispondo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*, nos termos que seguem distribuídos nos 78 incisos, que, na verdade, relacionam outros vários direitos e suas garantias.

Faremos, a seguir, o exame destes direitos e suas garantias na sistemática que ora se adota, por questões didáticas.

2. DIREITO À VIDA

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento

desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos *físico-psíquicos* (elementos materiais) e *espirituais-morais* (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.

O direito à vida é garantido pela Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana¹, ainda que seja para pôr termo a um sofrimento e agonia (eutanásia), salvo quando justificado, como nas hipóteses de aborto necessário para salvar a vida da mãe ou em caso de gravidez decorrente de crime de estupro.

A Constituição também protege o direito à vida, quando assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e quando veda as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, XLVII).

3. DIREITO À IGUALDADE

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (*igualdade formal*), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (*igualdade material*), pois todas as pessoas nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

A Constituição de 1988 preocupou-se tanto em assegurar a igualdade de todos, que prescreveu, em várias disposições de seu texto, que é *objetivo fundamental* do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito (...) à igualdade” (*caput* do art. 5º); que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I); que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

1. Segundo entendimento mais adotado, a vida humana começa com a concepção, quando há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto.

(art. 5º, XLII); a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX); a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI); a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII); a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso” (art. 7º, XXXIV); que “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (art. 12, § 2º); que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si” (art. 19, III); que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, (...), assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” (art. 37, X); que “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público” (art. 37, XIII); que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (art. 150, II); que é vedado à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País” (art. 151, I); e que é “vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino” (art. 152).

O postulado da igualdade figura como o primeiro e mais importante limite à discricionariedade legislativa. “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico

2. Interessante, a respeito, a seguinte decisão do STT, RE 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-96, DJ de 19-12-97: “Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.”

absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”³.

O princípio magno da igualdade compreende uma *igualdade formal* e uma *igualdade material*. A igualdade formal abrange:

- a) *A igualdade na lei* – que significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções que não sejam autorizadas pela Constituição. Tem por destinatário o legislador na medida em que o proíbe de incluir na lei fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica⁴.
- b) *A igualdade perante a lei* – segundo a qual se deve aplicar igualmente a lei, mesmo que crie uma desigualdade. Dirige-se aos aplicadores da lei e traduz imposição destinada aos poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Em suma, as Constituições do mundo civilizado prescrevem que todos são iguais perante a lei, abraçando a chamada igualdade formal, que determina que tanto o legislador quanto o aplicador da lei tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

A respeito do tema, cumpre mencionar que Rousseau⁵ viu, na espécie humana, duas modalidades de desigualdade. Uma desigualdade natural ou física, imposta pela natureza, consistente na distinção das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma. E uma desigualdade moral ou política, decorrente de convenções estabelecidas ou autori-

3. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed, São Paulo: Malheiros, p. 10.

4. STF, MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, DJ de 19-4-91: “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.”

5. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

zadas pelo consentimento dos homens, e que consiste nos diferentes privilégios que alguns gozam em detrimento de outros, como serem mais ricos, mais importantes e mais poderosos.

Em sua clássica obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau vai apontar o momento em que a natureza foi substituída pela lei e, conseqüentemente, a partir de quando o homem, outrora livre, passou a sofrer distinções. Afirma que “a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, extrai sua força e seu crescimento do desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano e torna-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se ainda que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes em que não coexiste, na mesma proporção, com a desigualdade física; distinção que determina suficientemente o que se deve pensar a esse respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, já que é claramente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um homem sábio e um punhado de gente regurgitar de superfluidades enquanto a multidão esfaimada carece do necessário”⁶.

O homem passou a conviver com outros homens. Constituiu família, construiu casas. “Tudo começa a mudar de face. Os homens, até então errantes pelos bosques, depois de adquirirem uma situação mais fixa, aproximam-se lentamente, reúnem-se em diversos grupos e formam por fim, em cada região, uma nação particular, uniforme nos costumes e nos caracteres (...)”. O gênero humano passou a relacionar-se socialmente. Com isso, cada homem, individualmente, foi ganhando estima pública. Uns eram mais considerados que outros; os homens passaram a distinguir-se em importância. Esse foi “o primeiro passo para a desigualdade e para o vício ao mesmo tempo; dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo, do outro a vergonha e o desejo; e a fermentação causada por esses novos germes produziu por fim compostos funestos à felicidade e à inocência”.

“Enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a costurar suas roupas de peles com espinhos de plantas ou espinhas de peixes, a enfeitar-se com penas e conchas, a pintar o corpo com diversas cores, a aperfeiçoar e embelezar seus arcos e flechas, a talhar com pedras cortantes algumas canoas de pescadores ou alguns instrumentos

6. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 243.

grosseiros de música, em suma, enquanto se aplicaram apenas a obras que um homem podia fazer sozinho e a artes que não precisavam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza e continuaram a usufruir entre si as doçuras de um relacionamento independente. Mas, a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio do outro, desde que percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpria regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas⁷.

Enfim, para Rousseau, o homem, ao se tornar sociável, torna-se escravo, fraco, temeroso, rastejante, e sua maneira de viver, indolente e covarde, acaba por debilitá-lo. De livre e independente, passou a estar, em razão de novas necessidades, sujeito a toda a natureza, sobretudo aos seus semelhantes, de quem num sentido se torna escravo, mesmo em se tornando seu senhor⁸.

Essas formulações genéricas, entretanto, não são suficientes para definir quais os critérios legítimos que autorizam, sem mácula à isonomia, distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos. "Como as leis nada fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis."⁹ Vale dizer, quais os limites legais de discriminar?

O fato de a lei, só por si, conter algum fator discriminatório, qualquer que seja ele, não é suficiente para se considerar ofendida a cláusula da igualdade. As leis podem discriminar. Aliás, é o que mais fazem, como acentuado acima. Contudo, as discriminações legais, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, só se coadunam com o dogma da igualdade se existir uma *pertinência lógica* entre a *distinção inserida na lei* e o *tratamento distintivo dela conseqüente*. Por exemplo, uma lei que limita às mulheres (fator de discriminação) o acesso ao cargo público de policial feminino (tratamento discriminador). Decerto, na hipótese, dúvida não remanesce de que há evidente correlação ou pertinência lógica entre a desigualdade legal (só as mulheres, e não os homens) e o tratamento desigual decorrente (ocupar cargo público

7. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

8. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 217-218.

9. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, p. 11.

de policial feminino). É necessário, todavia, que essa correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Assim, consoante sintetiza Celso Antônio Bandeira de Mello, para poder se identificar o desrespeito à isonomia, "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional"¹⁰.

Só a apreciação conjunta desses aspectos é que permite a análise correta do problema.

Mas a Constituição de 1988 não se contentou com a igualdade formal. Foi mais além, para também consagrar a igualdade *material*, na medida em que elegeu como objetivo fundamental do Estado *erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III); como finalidade da ordem econômica *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170) e como objetivo da ordem social o *bem-estar e a justiça sociais* (art. 193). Nesse passo, a Constituição preocupou-se em garantir a todos *igualdade de oportunidades*, abrindo um especial espaço para a adoção de *ações afirmativas*, que consistem num conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes da marginalização social. Essas ações afirmativas inserem-se no âmbito de uma *política social de discriminação positiva*, voltada a corrigir desigualdades históricas. Vale dizer, busca-se igualar desigualando, como se verifica ultimamente através da *política de cotas*. A própria Constituição já determina algumas ações afirmativas, que não podem ser negligenciadas pelo legislador ordinário, como, por exemplo, a *proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos* (art. 7º, XX) e a determinação de *reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência* (art. 37, VIII).

Questão muito debatida na jurisprudência do STF diz respeito ao princípio da igualdade e a limitação de idade em concurso público. Em princípio, a exigência da igualdade impede a mencionada limitação de idade, salvo diante de situações excepcionais justificadas em razão da natureza e das

10. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, p. 21-22.

atribuições do cargo a ser provido. Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público, não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido¹¹. Esse entendimento também se aplica relativamente a outros limites para acesso a cargos públicos, como o "limite de altura"¹².

4. DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. Entre nós, compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião ou pensamento; d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional.

4.1. Liberdade de ação e o princípio da legalidade

Consiste na *liberdade de agir*, ou seja, na liberdade de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, *quando não vedada por lei*. É a *liberdade-sede*, a fonte, a matriz e a base de todas as outras, que decorre do *princípio da legalidade* previsto no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

Decerto que a extensão dessa liberdade depende do que se deve entender por *lei*, já que é ela o único instrumento autorizado pela Constituição para restringir a ação das pessoas. A Constituição, a nosso sentir, equaciona a situação quando fixa os atos que serão *objeto* de regular processo legislativo. Assim, no art. 59, esclarece que o processo legislativo compreende

11. Nesse sentido, STF, RMS 21.045, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-3-94, DJ de 30-9-94.

12. STF, RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-98, DJ de 7-5-99: "Concurso público – Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado." No mesmo sentido: AI 384.050-Agr, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-9-03, DJ de 10-10-03; RE 194.952, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-9-01, DJ de 11-10-01.

a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; e VII – resoluções, sendo tais atos, por ostentarem *natureza legislativa*, os únicos que podem limitar a atuação das pessoas, sem, contudo, reduzir-lhe o seu conteúdo mínimo ou essencial.

Porém, não se pode confundir o *princípio da legalidade* com o *princípio da reserva legal*. O princípio da legalidade é de abrangência ampla, à medida que submete a atuação estatal a qualquer espécie normativa que depende do processo legislativo (atos legislativos em *sentido amplo*, como as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções). Já o princípio da reserva legal restringe-se a matérias específicas, determinadas pela Constituição e sujeitas à normatização exclusiva do Poder Legislativo (atos legislativos em *sentido estrito* ou *formal*).

O princípio da reserva legal compreende: a) uma *reserva legal absoluta* e uma *reserva legal relativa*; b) uma *reserva legal simples* e uma *reserva legal qualificada*. Tem-se uma reserva legal absoluta quando a matéria constitucional deve ser *integralmente* regulada por lei formal; por outro lado, está-se diante de uma reserva legal relativa quando a lei apenas estabelece os parâmetros regulatórios, que são complementados por ato infralegal. Existe a reserva legal simples quando, relativamente à intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a Constituição se limita a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. D'outra banda, há a reserva legal qualificada, quando a Constituição fixa as condições para a restrição, estabelecendo os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados.¹³

4.2. Liberdade de locomoção

É a liberdade de *ir e vir*, prevista no art. 5º, XV, da Constituição, nos seguintes termos: *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*.

É uma das liberdades públicas fundamentais que de há muito integra a consciência jurídica geral da sociedade e que repele qualquer atividade não autorizada pela Constituição de cercear o trânsito das pessoas. Só em casos excepcionais ela cede, visando resguardar outros interesses, como a ordem

13. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 33-37.

pública ou a paz social, perturbadas com a prática de crimes¹⁴ ou ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional¹⁵.

4.3. Liberdade de opinião ou pensamento

É o direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. A Constituição consagra a liberdade de manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV) e toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º). A Constituição, por outro lado, assegura o direito de resposta a quem se sentiu ofendido ou atingido pela opinião de outrem, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (V).

A liberdade de opinião, portanto, constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica¹⁶. A Constituição, porém, visando harmonizar a liberdade de manifestação do pensamento com outros direitos da personalidade, proibiu o anonimato.

O anonimato, portanto, é vedado pela Constituição (*parte final* do inciso IV, art. 5º), não podendo sequer ensejar o início de qualquer investigação formal. A chamada *delação apócrifa* não tem amparo constitucional e se mostra inadmissível num Estado Democrático de Direito, na medida em que pode servir de instrumento para prática de abusos e por tolher o direito de resposta das pessoas e esvaziar a garantia da indenização pelo dano material, moral e à imagem. Isto é, a manifestação anônima do pensamento, além de censurável do ponto de vista ético, torna irresponsável, penal e civilmente, a pessoa que formulou uma acusação e se homiziou com a recusa de sua identificação. Não se pode perder de vista de que a liberdade de opinião é garantida constitucionalmente para fins lícitos e morais, jamais para fins de vindita ou perseguição.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que um dos fundamentos que afastam a possibilidade de utilização da denúncia anônima como ato formal de instauração do procedimento investigatório reside, precisamente, no

14. Para tanto admite-se a privação da liberdade de locomoção, tendo vista que, segundo a Constituição, *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei* (art. 5º, LXI).

15. Nessa hipótese admite-se a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, a depender da situação de crise (arts. 136 e 137).

16. Nesse sentido: HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-03, DJ de 7-11-03.

inciso IV do art. 5º da Constituição Federal. Segundo a Corte, em magnífico voto do Ministro Celso de Mello, "Impende reafirmar, bem por isso, na linha do voto que venho de proferir, a asserção de que os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.). Nada impede, contudo, que o Poder Público (...) provocado por delação anônima – tal como ressaltado por Nelson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto – adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas." (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-05, Plenário, DJ de 11-11-05)¹⁷.

4.4. Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação

No art. 5º, IX, a Constituição declara que *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*.

A liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação tem fundamento na liberdade de pensamento, da qual é uma decorrência lógica. Enquanto o direito de opinião consiste na liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, de externar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa, o direito de expressão é o direito de manifestação das sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, tais como a pintura, a música, o teatro, a fotografia, etc.

17. No mesmo sentido: "Anonimato – Notícia de prática criminosa – Persecução criminal – Impropriedade. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente." (HC 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-8-07, 1ª Turma, DJ de 23-11-07)

A idéia é garantir a todos a liberdade de produzir e revelar as suas realizações intelectuais, artísticas e científicas, *independentemente de censura ou licença*.

Há determinadas manifestações intelectuais e artísticas que, apesar da necessidade de se harmonizarem com outros direitos¹⁸, gozam de ampla liberdade, como as obras literárias, as obras plásticas e a música.

Há outras, porém, que ficam sujeitas a uma fiscalização e regulamentação do poder público, situação que não pode ser confundida com a censura ou exigência de licença prévia. Nessas hipóteses, compete a União exercer a classificação, *para efeito meramente indicativo*, de *diversões públicas* e de *programas de rádio e televisão* (art. 21, XVI). Ainda segundo a Constituição, cumpre a lei federal: (I) regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; e (II) estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221¹⁹, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A Constituição também dispensa *proteção especial* aos autores das manifestações intelectuais, artísticas e científicas. No art. 5º, XXVII, reconhece aos autores o *direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras*, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (cuida-se do clássico *direito autoral*). E no mesmo artigo, no inciso XXVIII, assegura, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; e b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras

18. Nesse sentido, STF, HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04: "Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica."

19. Conferir: "Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."

que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

O direito de comunicação é o direito de existência e de atuação dos meios de comunicação. Como bem acentua Vidal Serrano Nunes Júnior, esse direito "respeita, de um lado, a preservação da opinião, da expressão e da informação, quando exteriorizadas através de um meio de comunicação de massa, e, de outro, se refere à integração jurídica da existência e do funcionamento desses meios de comunicação"²⁰. Esse direito possui uma perspectiva subjetiva, enquanto direito fundamental do indivíduo; e uma perspectiva orgânica, enquanto direito de existência e funcionamento dos órgãos públicos e privados de comunicação social²¹.

4.5. Liberdade de informação

O direito de liberdade de informação deve compreender três aspectos essenciais, a saber: o *direito de informar*, o *direito de se informar* e o *direito de ser informado*.

O *direito de informar* consiste na prerrogativa de transmitir informações pelos meios de comunicação (exemplo: direito a um horário no rádio ou televisão). A Constituição brasileira reconhece esse direito no art. 220, *caput*, quando estatui que a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição. De perceber-se, pois, que a Carta Magna veda qualquer obstrução ao exercício desse direito de informar, sem, contudo, garantir os meios de transmissão dessa informação. Todavia, numa hipótese excepcional, a Constituição garante esses meios de transmissão. É o que ocorre com o direito de resposta, assegurado no inciso V do art. 5º, em face do qual aquele que tiver sua honra maculada por meio de um veículo de comunicação terá direito de resposta transmitida por esse mesmo meio de comunicação. Logo, pode-se dizer que esse direito assume uma feição negativa (a regra) e uma feição positiva (a exceção).

O *direito de se informar* corresponde à faculdade de o indivíduo buscar as informações pretendidas sem quaisquer obstáculos. Sua proteção constitucional reside no espeque normativo contido no inciso XIV, do art. 5º, segundo o qual *é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o*

20. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 30.

21. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 30.

*sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*²² e inciso LXXII do mesmo preceito, que prevê a ação constitucional de *habeas data*.

E o *direito de ser informado* equivale à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado. Esse direito, entretanto, na ordem constitucional brasileira, como ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, é restrito aos assuntos ligados às atividades do poder público²³. Com efeito, prevê o inciso XXXIII do art. 5º que todos têm o direito de *receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*²⁴.

4.5.1. O direito de informar e a liberdade de informação Jornalística. O direito de crítica jornalística

O direito de informar, ademais, compreende dois direitos distintos: o direito de veicular idéias, conceitos e opiniões; e o direito de transmitir notícias atuais sobre fatos relevantes e de interesse coletivo e sobre elas formular os respectivos comentários ou críticas.

22. STF, ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-06, DJ de 23-2-07: "Lei 11.300/2006 (mini-reforma eleitoral). (...) Proibição de divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito. Inconstitucionalidade. Garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no estado democrático de direito. No mesmo sentido: ADI 3.742 e ADI 3.743, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-06, Informativo 439. Vide também, STF, RMS 23.036, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 28-3-06, DJ de 25-8-06: "Superior Tribunal Militar. Cópia de processos e dos áudios de sessões. Fonte histórica para obra literária. Âmbito de proteção do direito à informação (art. 5º, XIV da Constituição Federal). Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da L. 8.906/96), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público. Não-configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação."

23. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 33.

24. Ver, STF, MS 25.382, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-2-06, DJ de 31-3-06: "Tribunal de Contas da União: direito de acesso a documentos de processo administrativo. CF, art. 5º, XXXIII, XXXIV, b, e LXXII; e art. 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual desvio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE: direito da empresa-impetrante, permissionária de uso, ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nos quais figura como parte. Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou, quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto."

A essa última espécie de direito de informar se atribui a denominação de *liberdade de informação jornalística*. A liberdade de informação jornalística assegura a difusão pública de notícias e o correspondente direito de crítica. Percebe-se, destarte, que o direito de informação jornalística engloba as notícias e as críticas jornalísticas, não podendo a lei impor condições ao seu exercício, que é livre e assegurado constitucionalmente. Por esta razão, decidiu o STF que "A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 4º, V, do Decreto-lei 972/69, o qual exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, deu provimento a recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que concluía em sentido contrário. Entendeu-se que a norma impugnada seria incompatível com as liberdades de profissão, de expressão e de informação previstas nos artigos 5º, IX e XIII, e 220, da CF, bem como violaria o disposto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992. (...) Apontou-se que o jornalismo seria uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação, constituindo a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada, razão por que jornalismo e liberdade de expressão não poderiam ser pensadas e tratadas de forma separada. Por isso, a interpretação do art. 5º, XIII, da CF, na hipótese da profissão de jornalista, teria de ser feita, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220, da CF, os quais asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. Mencionou-se, também, o que decidido pela Corte no julgamento da ADPF 130/DF (...), no sentido de que as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em casos excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Nesse sentido, aduziu-se que o constituinte de 1988 não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição pelo Judiciário ou pelo Legislativo, mas apenas estabeleceu ser inadmissível que a disciplina legal criasse embaraços à liberdade de informação. Assim, no caso da profissão de jornalista, a interpretação do art. 5º, XIII, em conjunto com os seus incisos IV, IX, XIV e o art. 220, da CF, levaria à conclusão de que a ordem constitucional somente admitiria a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que fossem elas fixadas para proteger, efetivar

e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. (...) Diante dessas considerações, julgou-se demonstrada a necessidade de proteção dos jornalistas não apenas em face do Estado, mas dos próprios meios de comunicação, ante seu poder quase incommensurável. Os direitos dos jornalistas, especificamente as garantias quanto ao seu estatuto profissional, deveriam ser assegurados em face do Estado, da imprensa e dos próprios jornalistas, sendo que a exigência de diploma comprovante da formatura em um curso de jornalismo não teria qualquer efeito nesse sentido. Reputou-se que, nesse campo de proteção dos direitos e prerrogativas profissionais dos jornalistas, a autoregulação seria a solução mais consentânea com a ordem constitucional e com as liberdades de expressão e de informação, solução esta aventada pela Corte para o campo da imprensa em geral no julgamento da citada ADPF 130/DF. Dessa forma, seriam os próprios meios de comunicação que deveriam estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo, podendo as empresas de comunicação estipular critérios de contratação, como a especialidade de determinado campo do conhecimento, e, ainda, a própria exigência de curso superior em jornalismo. Esse tipo de orientação regulatória, ao permitir a *autopoiesis* do sistema de comunicação social, ofereceria uma maior proteção das liberdades de expressão. Considerou-se que essa seria, portanto, a melhor interpretação dos artigos 5º, IX, XIII, e 220 da CF e a solução mais consentânea com a proteção das liberdades de profissão, de expressão e de informação na ordem constitucional brasileira." (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-09, Plenário, Informativo 551).

A liberdade de informação jornalística é espécie do gênero liberdade de informação, na sua variação direito de informar. É um direito fundamental de primeira geração, de caráter negativo, porquanto consiste num poder de agir, livre de qualquer freio estatal. Consiste, em derradeira análise, numa liberdade de informar através dos meios de comunicação.

A liberdade de informação jornalística abriga o *direito de transmitir a notícia* e o *direito de sobre ela tecer comentários ou críticas*.

Entende-se por *notícia* toda anotação sobre fato ou pessoa²⁵, de interesse da coletividade. A notícia pode referir-se a qualquer situação, como, por exemplo, a uma medida econômica ou social do governo, ou a um fato de natureza criminal. Pode vir neutra, ou seja, desagregada da crítica, sem qual-

25. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 38.

quer juízo de valor, hipótese em que "(...) ao seu emissor nunca se poderá imputar comportamento calunioso ou injurioso (...) "²⁶; ou pode vir acompanhada de críticas ou comentários, situação em que pressupõe juízo de valor.

Já *crítica* é a valoração ou juízo de valor que se faz incidir sobre a situação noticiada, podendo ser favorável ou desfavorável a ela. Não passa de um direito de opinião relacionado ao fato objeto da notícia. Assim, se se divulga que foi preso uma determinada pessoa, por tráfico de entorpecentes, a notícia é neutra, pois isenta de qualquer valoração ou comentário. Por outro lado, se se agrega a essa notícia o comentário de que o preso é um notório traficante de drogas, está-se fazendo uma crítica jornalística, pois houve um exame valorativo sobre o fato.

Importa verificar a amplitude do direito de crítica. Dada a importância que o tema desperta, vejamo-lo, inicialmente, com uma breve síntese do direito comparado.

A Constituição da Espanha tutela implicitamente o direito de crítica, enunciando-o no direito de informação. Assim, no seu art. 20, a Constituição espanhola reconhece o direito de opinião, de expressão, de informação e a liberdade de cátedra, vedando qualquer forma de censura prévia.

A Constituição de Portugal é rica na proteção dos direitos relacionados à informação, em especial à informação jornalística, como se percebe do extenso rol previsto nos arts. 37, 38, 39, 40 e 42.

A Constituição dos Estados Unidos da América, com o advento da sua primeira emenda, também dispensa especial proteção ao direito de crítica jornalística, vedando o Congresso de estabelecer qualquer restrição à liberdade de palavra ou de imprensa.

No Brasil, o direito de crítica jornalística é intrínseco ao direito de informação jornalística, previsto, com esta, no art. 220 da Constituição Federal, em específico no seu § 1º. Já se assinalou que o direito de informação jornalística abriga o direito de noticiar fatos e o direito de criticá-los.

A crítica jornalística consiste num juízo de valoração, favorável ou desfavorável, acerca dos fatos noticiados. É "o juízo de valor que, impregnado à notícia ou recaindo separadamente sobre ela, formaliza um conceito, positivo ou negativo, acerca de um fato ou opinião"²⁷.

26. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 39.

27. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 67.

A crítica, de ver-se, revela um conceito ou uma opinião subjetiva sobre fatos objeto de uma notícia jornalística, que reflete pensamento pessoal do seu autor. A crítica jornalística pode incidir sobre variadas situações, de modo que se pode falar de *crítica à arte, à literatura, à ciência e à política*.

A crítica adstrita exclusivamente a um trabalho artístico ou aos dotes específicos de seu autor, por mais negativa que seja, está imune à censura judicial, uma vez que, quando submete seu trabalho ao público, o artista se expõe e expõe sua obra à apreciação da opinião pública. Todavia, desbordará desse restrito âmbito a crítica que repousa sobre o comportamento familiar e moral, por exemplo, do artista, dando, nesse caso, ensanchas à correção judicial, por autêntica violação aos direitos fundamentais da privacidade.

A crítica literária, outrossim, quando restrita aos aspectos da obra, tem idêntico tratamento dispensado à crítica artística.

A crítica científica, para além de ser um direito, é uma necessidade ditada em prol da evolução. Assim, limitada ao objeto noticiado, não se submete a obstáculos.

A crítica à política tem um espectro maior do que às outras, uma vez que o político é um homem público que tem limitado, pela gestão ou co-gestão da coisa pública, o espaço de sua privacidade.

Como já se afirmou neste livro, não há direitos fundamentais absolutos. Com efeito, uma das características dos direitos fundamentais é a sua *limitabilidade*. Eles são, em essência, direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis. Essa possibilidade de limitação dos direitos fundamentais é recíproca, de modo que um direito pode, *in concreto*, limitar o exercício do outro. "Isso quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção de outro. É o que, vezes a fio, ocorre entre o direito de informação e o de privacidade, ou entre o direito de opinião e o direito à honra. Nestes casos, a convivência dos direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca"²⁸. É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível *in concreto*, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais. Não há, por conseguinte, a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em ní-

vel abstrato, mas unicamente em nível concreto. Ademais disso, há uma ordem excepcional de limitações constitucionais dos direitos fundamentais, que podemos chamar de limitações circunstanciais, pois dizem respeito às restrições impostas circunstancialmente durante situações constitucionais de crise, por ocasião da decretação dos estados de sítio e de defesa.

O direito de crítica jornalística não foge a essa realidade. Como ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, a "crítica, recaindo sobre um fato ou uma opinião, a todo momento poderá entrar em colisão com os assim chamados direitos da personalidade dos cidadãos, estabelecendo um quadro em que, de um lado, a sociedade aspira por informações (...). De outro, porém, colocam-se, por vezes, os direitos à imagem, à honra, à privacidade e à intimidade do indivíduo que foi objeto da notícia ou da crítica"²⁹. Vale dizer, haverá dois direitos fundamentais, de idêntica envergadura constitucional, que poderão, eventualmente, entrar em rota de colisão, em face de uma situação concreta. Como resolver esse conflito?

A esse respeito há três entendimentos: a) a do regime de exclusão, que proclama o valor absoluto dos direitos da personalidade, a ensejar a exclusão do direito de crítica jornalística quando colidente com aqueles; b) a da necessária ponderação, que exige uma ponderação dos interesses envolvidos, para, do caso concreto, extrair-se a solução, e c) a da concorrência normativa, que, embora não o tratando como absoluto, dá prioridade ao direito de crítica jornalística, baseado no valor social desse direito, autêntico pressuposto do estado democrático. Entretanto, essa preferência só existirá se, primeiro, a informação for verdadeira e, segundo, for inevitável para transmitir a mensagem.

Entendemos melhor a última referência doutrinária, pois, na nossa opinião, o direito de crítica jornalista representa uma nota essencial de uma sociedade democrática e madura. Para além disso, o direito de crítica jornalística é de interesse público, devendo prevalecer, quando verdadeira a informação e inevitável a sua transmissão, em face dos direitos individuais da personalidade³⁰.

29. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 84.

30. Nesse sentido, decidiu o STF na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto: "O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e 'real alternativa

28. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 83.

4.6. Liberdade de consciência e crença. A escusa de consciência

Em conformidade com a Constituição, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias (art. 5º, VI).

A Constituição atual, como se vê, protege tanto a liberdade de consciência quanto a de crença, distinguindo-se da Carta revogada (1967/69) que só destinava proteção à liberdade de consciência. Poder-se-ia dizer que isso não tem importância, na medida em que as liberdades de consciência e de crença se confundem, são a mesma coisa. Não é verdade! Primeiro porque a liberdade de consciência pode orientar-se no sentido de não admitir crença alguma. Os ateus e agnósticos, por exemplo, têm liberdade de consciência, mas não têm crença alguma. Segundo porque a liberdade de consciência pode resultar na adesão de determinados valores morais e espirituais que não se confundem com nenhuma religião, como ocorre com os movimentos pacifistas que, apesar de defenderem a paz, não implicam qualquer fé religiosa³¹. A liberdade de crença envolve o direito de escolha da religião e de mudar de religião.

Também não se confundem as *liberdades de consciência e de crença* com a *liberdade de culto*. A Carta Imperial de 1824, por exemplo, admitia

à versão oficial dos fatos' (...). Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o 'estado de sítio' (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que 'quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja'. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição (...) Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, 'a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público'. (...) Não recepção em bloco da Lei 5.250 pela nova ordem constitucional. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regradório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema." (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-09, Plenário, DJE de 6-11-09).

31. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Grandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 49, 2ª V, 1989.

integralmente a liberdade de crença, porém apenas parcialmente a liberdade de culto, tendo em vista que esta última só podia ser exercida nos templos pelos católicos (a religião católica era a religião oficial do Império), enquanto relativamente às outras crenças, distintas da religião católica, somente se permitia o culto doméstico ou particular. Consciência e crença são sentimentos relacionados à compreensão acerca da fé e à convicção íntima sobre determinado assunto, doutrina ou diretriz. Culto é ato de veneração ou de homenagem que se presta a uma divindade em qualquer religião; corresponde aos rituais, às cerimônias e às manifestações na diretriz indicada pela religião escolhida, compreendendo a liberdade de orar e de pregar.

A Constituição protege todas as crenças, consagrando uma era de profundo respeito à liberdade religiosa. Manteve a separação entre o Estado e a Igreja, situação inaugurada pela Constituição de 1891, porém estabelecendo um regime de colaboração entre eles, de interesse público. Conforme o art. 19, I, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Não se adotou, portanto, uma religião oficial, como ocorreu na Carta do Império de 1824. Consagrou um Estado *laico, não confessional*.

Mas além de reconhecer a liberdade de crença, destinou proteção, na forma da lei, aos locais de culto. E a própria Constituição vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto³². Assegurou, outrossim, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, como, por exemplo, nas penitenciárias, casas de detenção, quartéis, entre outros (art. 5º, VII).

Em razão da proteção firmada em torno da liberdade de consciência e crença, a Constituição prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se

32. STF, RE 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-12-02, DJ de 14-5-04: "Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, b e § 4º, da Constituição. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, b, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços 'relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas'. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas b e c do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas."

as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, VIII).

Assim, por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política ninguém poderá ser privado de direitos. Essa é a regra, que está em total harmonia com a liberdade de consciência e crença declarada no inciso VI do art. 5º. Porém, vai mais longe a Constituição, pois admite que alguém invoque a liberdade de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política para se eximir de obrigação legal a todos imposta desde que se preste a cumprir obrigação alternativa fixada em lei. A Constituição assegura, assim, a chamada *escusa de consciência*, como um direito individual que investe a pessoa de recusar prestar ou aceitar determinada obrigação que contrarie as suas crenças ou convicções.

A legitimidade da escusa de consciência depende, todavia, do cumprimento da prestação alternativa fixada em lei. Caso contrário, a escusa não é legítima, devendo a pessoa responder pelas consequências de seus atos. A Constituição, inclusive, prevê para quem recusa cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, a *perda dos direitos políticos* (art. 15, IV).

Mas é importante ressaltar que o cumprimento da prestação alternativa depende de sua previsão legal, só estando a pessoa obrigada ao seu cumprimento quando fixada por lei. Não é correto dizer que a escusa de consciência depende de lei, sobretudo em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º). O que depende de lei é a fixação da prestação alternativa, não o exercício da escusa de consciência. Assim, fundada em suas crenças ou convicções, pode uma pessoa deixar de cumprir uma obrigação legal a todos imposta, sem, no entanto, se sujeitar a uma prestação alternativa, quando esta não estiver prevista em lei.

No art. 143, § 1º, a Constituição prevê que compete às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir *serviço alternativo* ao serviço militar obrigatório aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem *imperativo de consciência*, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Regulamentando este preceito constitucional, foi editada Lei nº 8.239/91, que definiu o *serviço alternativo* como sendo o *exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar*. Em conformidade com o seu art. 3º, § 3º, o serviço alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. Ao final do

período de atividade, será conferido ao escusante um *Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório*, com os mesmos efeitos jurídicos do Certificado de Reservista. Contudo, segundo a lei, a recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo esse prazo de dois anos, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas.

4.7. Liberdade de reunião

A Constituição declara o direito de liberdade de reunião, assegurando que *todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente* (art. 5º, XVI).

Trata-se de um direito fundamental que investe as pessoas de poderes jurídicos de se agruparem em locais abertos ao público para, juntas e conscientemente, independentemente de autorização do poder público, protestarem, reivindicarem ou exprimirem idéias, pouco importando digam respeito a aspectos religiosos, culturais ou políticos. É a *expressão coletiva* da liberdade de manifestação do pensamento.

Pode ser exercido de várias formas, seja através de comícios, seja por meio de desfiles, passeatas ou procissões. Pode ser silenciosamente ou acompanhado de carros, aparelhos e objetos sonoros³³. Também não há restrição quanto ao lugar, podendo ser praticado em praças, avenidas, ruas ou qualquer outro lugar aberto ao público.

A Constituição só condiciona o exercício da liberdade de reunião ao cumprimento das seguintes exigências:

- a) reunião para fins pacíficos, sem armas.
- b) que não frustre outra reunião antes convocada para o mesmo local.
- c) prévio aviso à autoridade competente.

33. STF, ADI 1.969-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-3-99, DJ de 5-3-04: "(...) LIBERDADE DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. De início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de idéias."

4.8. Liberdade de associação

Liberdade de associação é o direito que assiste às pessoas de se unirem, de forma estável e duradoura, em torno de um interesse comum, que tenha por objetivo um *fim lícito*. Segundo a Constituição, é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII). A liberdade de associação se completa, todavia, com a garantia de que a criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVIII), assim como na garantia de que as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado (art. 5º, XIX).

Integra igualmente o conteúdo jurídico da liberdade de associação o direito de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX). Extraí-se daí a dupla dimensão – *positiva e negativa* – da liberdade de associação. Em face de sua *dimensão positiva*, assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Já em razão de sua *dimensão negativa*, garante a qualquer pessoa o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade.

Elucidativa, a respeito, a seguinte passagem do voto do em. Ministro Celso de Mello, na ADI 3.045, julgada em 10-8-05, DJ de 1º-6-07.

“A primeira Constituição política do Brasil a dispor sobre a liberdade de associação foi, precisamente, a Constituição republicana de 1891, e, desde então, essa prerrogativa essencial tem sido contemplada nos sucessivos documentos constitucionais brasileiros, com a ressalva de que, somente a partir da Constituição de 1934, a liberdade de associação ganhou contornos próprios, dissociando-se do direito fundamental de reunião, consoante se depreende do art. 113, § 12 daquela Carta Política. Com efeito, a liberdade de associação não se confunde com o direito de reunião, possuindo, em relação a este, plena autonomia jurídica (...). Diria, até, que, sob a égide da vigente Carta Política, intensificou-se o grau de proteção jurídica em torno da liberdade de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa. (...) Revela-se importante assinalar, neste ponto, que a liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante, a qualquer pessoa, o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao Poder Público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.”

Ainda segundo a Constituição, as entidades associativas, quando expressamente autorizadas³⁴, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Todavia, tratando-se de mandado de segurança coletivo, não se exige autorização expressa dos associados, tendo em vista que a associação age, nesta hipótese, como *substituta processual* dos associados substituídos³⁵.

Assim, a liberdade de associação compreende as seguintes prerrogativas: a) *direito de criar associação*, independentemente de autorização; b) *direito de se associar*, não podendo ser obrigado a isso; c) *direito de desligar-se ou desfiliar-se da associação*, ninguém podendo ser obrigado a permanecer associado; d) *direito de permanência e existência da associação*, que só pode ser dissolvida por decisão judicial; e) *direito de ser representado* pela associação.

4.9. Liberdade de opção profissional

A Constituição declara, no art. 5º, XIII, a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Cuida-se da liberdade de opção profissional, que concede a toda pessoa humana o *direito de escolher* qualquer trabalho, ofício ou profissão, de acordo com as suas legítimas opções e vocações. Note-se que a liberdade de profissão é ampla, só podendo ser limitada com a exigência legal de atendimento das qualificações profissionais. Isso porque, a Constituição reservou o exercício de determinadas profissões (por exemplo, advogado, médico, arquiteto, entre outras) à prévia capacitação técnica ou científica, determinando ao legislador a sua regulamentação. Surgem, assim, as chamadas profissões regulamentadas, para o exercício das quais se requer o atendimento das qualificações razoavelmente fixadas por lei³⁶.

34. STF, RE 192.305, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-98, DJ de 21-5-99: “A representação prevista no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal surge regular quando autorizada a entidade associativa a agir judicial ou extrajudicialmente mediante deliberação em assembléia. Descabe exigir instrumentos de mandatos subscritos pelos associados.” No mesmo sentido: MS 23.879, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 3-10-01, DJ de 16-11-01.

35. SÚMULA 629 do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”

36. STF, AC 1.406-MC-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-11-06, DJ de 19-12-06: “Ação cautelar. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Decisão monocrática concessiva. Referendum da Turma. Exigência de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. Liberdade de profissão e liberdade de informação. Arts. 5º, XIII, e 220, caput e § 1º, da Constituição Federal. Configuração da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*). Cautelar, em questão de ordem, referendada.”

5. DIREITO À PRIVACIDADE

Não é apanágio dos tempos hodiernos a violação ao direito à privacidade. Há muito a privacidade das pessoas vem reclamando maior proteção em face dos meios de comunicação. Com o aperfeiçoamento da técnica, os veículos de comunicação tornaram-se mais sofisticados e eficazes, de sorte que o homem, mesmo no recesso de seu lar, tem sido vítima de intrusos inescrupulosos que, através de lentes teleobjetivas e aparelhos eletrônicos de ausculta, entre outros recursos, vêm devassando a sua privacidade e de sua família, numa intolerável ofensa a um direito agora expressamente assegurado constitucionalmente.

Diferentemente das Constituições anteriores, a Magna Carta de 1988 tratou de proteger a privacidade, declarando, no art. 5º, X, que são *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

Percebe-se daí a consagração do *direito à privacidade*, tomada essa expressão em sentido amplo para abranger todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas³⁷.

Assim, a novel ordem constitucional oferece, expressamente, guarida ao direito à privacidade, que consistente fundamentalmente na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. Nesse sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado em paz, ao direito de estar só (*right to be alone*).

O direito norte-americano tutela o direito à privacidade em nível ordinário, com o nome *right of privacy*, que compreende, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, *o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada*³⁸.

Por guardarem conexão com o direito à privacidade, na verdade são dele meros desdobramentos, iremos examinar neste item os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à inviolabilidade da casa e ao sigilo de

37. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 209.

38. Cf. KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée: protection du secret de la vie privée*, pg. 49. DINIZ, Carlos Francisco Sica. *Privacidade*, em Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 61/170, apud SILVA, José Afonso da. in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 209.

correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

5.1. Direito à intimidade

A Constituição distingue o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade. Isto é, disciplinou o direito à intimidade, separando-o dos demais direitos de personalidade, atribuindo-lhe, por conta disso, natureza de direito subjetivo autônomo.

Em maio de 1967 celebrou-se em Estocolmo a “Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade”, quando o tema foi enfocado em sua plenitude. O documento de Estocolmo alinha cinco ofensas ao direito à intimidade: (1) penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; (2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; (3) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; (4) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e (5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.

A intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho.

O direito à intimidade é um direito especial ligado à essência do indivíduo, à sua personalidade, que consiste, na escoreita avaliação de Paulo José da Costa Jr., no “direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. ‘*Diritto alla riservatezza*’, portanto, não é direito de ser *reservado* ou de comportar-se *com reserva*, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera³⁹”.

É, em suma, o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.

39. COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*, RT, 1970.

A proteção à intimidade encontra desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.

5.2. Direito à vida privada

A vida privada não se confunde com a intimidade, pois é menos secreta do que esta. Não diz respeito aos segredos restritos da pessoa, mas sim à sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com os seus amigos, enfim, a vida privada é sempre um viver entre os outros mas que também exige uma certa reserva.

Podemos nos valer de um exemplo, para apresentar uma comparação. Enquanto uma família, constituída pelos pais e seus dois filhos, em seu relacionamento interpessoal, no recesso de seu lar, vive debaixo de uma *vida privada*, que só a ela diz respeito; os filhos, assim como os próprios pais, no recesso de suas individualidades, relativamente aos seus segredos, encontram-se sob a tutela da *intimidade*. Assim, enquanto um repórter que divulga algum fato atinente à relação familiar entre os pais ou entre estes e seus filhos, sem o consentimento deles, viola a vida privada destes; o pai que devassa o diário de sua filha viola a intimidade dela.

5.3. Direito à honra

Por honra deve-se entender “não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa”⁴⁰.

O direito à honra visa tutelar todo esse conjunto de atributos concernentes à reputação e ao bom nome da pessoa.

Tamanha é a importância deste direito, que o código penal brasileiro tipificou a sua violação considerando como crime “*Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime*” (art. 138, crime de calúnia); “*Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação*” (art. 139, crime de difamação) e “*Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*” (art. 140, crime de injúria).

40. COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*, RT, 1970.

5.4. Direito à imagem

Imagem é a representação de alguma coisa ou pessoa pelo desenho, pintura, fotografia ou outro meio de caracterização de seus atributos físicos. Para Carlos Alberto Bittar é “o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa)”⁴¹.

Direito à imagem é aquele que tem por escopo resguardar esses aspectos físicos da pessoa, impedindo a sua divulgação.

Situação interessante é a que diz respeito a locais públicos, acessíveis a todos, como restaurantes, casas noturnas, boates, hotéis e motéis, onde o público e o particular se entrelaçam. Quem os frequenta está abrindo mão do seu direito à imagem? Pode ser fotografada sem o seu consentimento? Entendemos que não, pois apesar do local ser público essa circunstância, por si só, não autoriza a violação do direito à imagem das pessoas, nem presume renúncia a esse direito, que, por ser fundamental, é irrenunciável.

Já se decidiu, porém, que na publicidade institucional, isto é, aquela que procura divulgar eventos e não imagens de pessoas, não se configura violação do direito à imagem (TJRJ, RT, 556:178).

5.5. Direito à inviolabilidade da casa

Em consonância com a Constituição, a casa é *asilo inviolável* do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI).

Para a compreensão da extensão do direito em tela, cumpre fixar o conceito de “*casa*”. Entendemos que o conceito de casa deve revestir-se de *caráter amplo*, para compreender não só o domicílio ou residência, mas também (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce alguma profissão ou atividade.

Em razão da amplitude do conceito de casa, a doutrina generalizou o entendimento segundo o qual o direito à inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço privado em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional, como um escritório de advocacia ou de contabilidade, um consultório médico ou odontológico⁴².

41. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*, Forense Universitária, 1989, p. 87.

42. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed./2ª tir, São Paulo: RT, Tomo V/187, 1974; CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio

O Supremo Tribunal Federal também pacificou a sua jurisprudência nesse sentido, como pode se aferir do acórdão abaixo, relatado pelo em. Ministro CELSO DE MELLO, no HC 82.788, julgado em 12-4-05, DJ de 2-6-06:

"FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.

(...)

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).

– Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes.

– Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca

da Janeiro: Forense Universitária, vol. I/261, item n. 150, 1989; PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, vol. 1/82, 1989; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, vol. 1/36-37, 1990; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Invioabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, p. 70/78, 1993; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 614/615, item n. 1.2, 2005; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Impetus, vol. II/649, item n. 11, 2005.

e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF).

– O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "*privilege du prealable*", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.⁴³

A proteção da inviolabilidade da casa, contudo, cede diante das seguintes situações: a) em caso de flagrante delito, a qualquer hora; b) ou desastre, a qualquer hora; c) ou para prestar socorro, a qualquer hora; d) ou por determinação judicial, *somente durante o dia*.

Para definição do que seja *durante o dia*, em relação à qual paira divergência, cremos que o melhor critério não é o físico-astronômico (entre a aurora e o crepúsculo), mas sim, em razão de sua objetividade e segurança, o que indica o horário, que vai das 6 às 18 horas. Assim, cumprir mandado judicial de busca domiciliar fora desses limites (6 às 18 h) é medida que viola a proteção em tela, salvo se a diligência começou dentro do horário e, em face de sua complexidade e necessidade, se estendeu para além dele, o que é permitido.

5.6. Direito ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas

Declara a Constituição que é inviolável o *sigilo* da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Entende-se por correspondência a troca de mensagens por carta, telegrama ou outro meio similar. O objetivo aqui é inegavelmente proteger as

43. No mesmo sentido e mais recente, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07: "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)."

mensagens, assegurando a privacidade das pessoas envolvidas (remetente e destinatário)⁴⁴.

Comunicações telegráficas são todas aquelas escritas, transmitidas à distância por telégrafos. Comunicações de dados são um conjunto de informações pessoais transmitidas por qualquer meio que não seja o telefone. Finalmente, comunicações telefônicas são informações pessoais trocadas por meio de telefone.

A respeito do sigilo das comunicações de dados, o Supremo Tribunal Federal firmou o seu entendimento no sentido de que a proteção constitucional se limita à *comunicação dos dados*, mas não sobre os *dados em si mesmos*⁴⁵. A respeito do tema já escreveu de forma magnífica Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

"Feita, pois, a distinção entre a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informações, este, objeto correlato ao da privacidade, e entendido que aquela não é uma faculdade absoluta pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento, cumpre agora, na análise do texto constitucional, esclarecer, com referência ao art. 5º, XII, o que significam ali os *dados* protegidos pelo sigilo e em que condições e limites ocorre esta proteção. Em primeiro lugar, a expressão "*dados*" manifesta uma certa impropriedade (Celso Bastos / Ives Gandra; 1989:73). Os citados autores reconhecem que por "*dados*" não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990:38) – '*Sigilo de dados*. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência

44. STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-3-94, DJ de 24-6-94: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

45. STF, RE 418416/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/05/2006, DJ em 19-12-2006, p. 37: "(...) IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados – art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada – o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa – este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação '*de dados*' e não dos '*dados em si mesmos*', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira – RTJ 179/225, 270). (...)". Grifos nossos.

do desenvolvimento da informática. Os dados *aqui* são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)'. A interpretação faz sentido. O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à *comunicação*, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo "da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas". Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e uma correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é *comunicação* por correspondência e telegrafia, *comunicação* de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na *comunicação* alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém *entra nesta transmissão* como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) *privativa* é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativo a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-lo!"⁴⁶

Questiona-se muito na doutrina e na jurisprudência a respeito dos sigilos bancário e fiscal. Há entendimentos que sustentam: a) que os sigilos bancário e fiscal não têm proteção constitucional, mas apenas legal; b) que os sigilos bancário e fiscal estão protegidos pela inviolabilidade das comunicações de dados prevista no art. 5º, XII; e c) que os sigilos bancário e fiscal são decorrências do direito à privacidade, protegidos pelo art. 5º, X. O Supremo Tribunal Federal acolheu o último entendimento⁴⁷. Todavia, o entendimento

46. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, Cadernos de Dir. Constitucional e Ciência Política, RT, 1/77,82; e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 88, pp. 447, 1993.

47. STF, HC 87.654, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-3-06, DJ de 20-4-06: "O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. (...)". Também, relativamente ao sigilo bancário, STF, RE 219780/PE, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 13/04/1999, DJ de 10-09-1999, p. 23: "CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X, I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista

da Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal⁴⁸.

Finalmente, à luz do art. 5º, XII, pode parecer que somente o sigilo das comunicações telefônicas pode ser quebrado. Na verdade, *como não há direitos absolutos*, qualquer sigilo mencionado no preceito pode ceder quando ponderado com outros valores diante do caso concreto. Mas a Constituição, relativamente às comunicações telefônicas, limita a quebra do sigilo, através da interceptação ou captação da conversação, à ordem judicial e nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Esclareça-se, de logo, que interceptação das comunicações telefônicas é a apreensão e gravação de conversa telefônica por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores.

puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido." No mesmo sentido, STF, RE 215301/CE, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 13/04/1999, DJ de 28-05-1999, p. 24: "CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. *Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade*, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido." Grifos nossos.

48. STF, AI-AgR 541265/SC, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 04-11-2005, p. 30. Vide acórdão do STF admitindo quebra determinada diretamente pelo Ministério Público quando o sigilo disser respeito a operações com recursos públicos, MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-10-95, DJ de 19-10-01: "Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC n. 75/1993. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. *Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição.* No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992. Mandado de segurança indeferido." Grifos nossos.

Três são as condições para a interceptação das comunicações telefônicas: 1) ordem judicial; 2) nas hipóteses e forma que a lei estabelecer; e 3) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A menção à ordem judicial significa dizer que a Constituição submeteu a interceptação das comunicações telefônicas à cláusula da *reserva de jurisdição*, na medida em que só o Poder Judiciário pode determiná-la. Como visto acima, a interceptação das comunicações telefônicas consiste na apreensão e gravação de conversa telefônica por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Quando autorizada judicialmente, e cumpridas as demais condições, ela é admitida. Contudo, importa saber se é possível gravação telefônica por um dos interlocutores, sem a autorização judicial. A matéria relativa à licitude das gravações de conversas feitas ou autorizadas por um dos interlocutores já foi apreciada pelo STF quando do julgamento do HC 75.338/RJ, Rel. Ministro Nelson Jobim, julgado em 11-3-98, DJ de 25-9-98, que restou assim ementado:

"*Habeas corpus*. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. ordem indeferida."

Outro não foi o entendimento no julgamento do RE 212.081/RO, Rel. Ministro Octávio Gallotti:

"Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma." (DJ de 27.03.98).

Por fim, a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que não se anula condenação se a sentença condenatória não se apóia apenas na prova considerada ilícita. Nesse sentido o decidido no HC 75.611/SP e no HC 82.139/BA, ambos relatados pelo Min. Carlos Velloso, com as seguintes ementas, respectivamente:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. CONDENAÇÃO, ADEMAIS, COM BASE EM OUTRAS PROVAS.

I. - Gravação de conversas autorizada por um dos interlocutores, vítima de extorsão, certo, entretanto, que a condenação não se assentou nas gravações, apenas. II. - H.C. indeferido." (DJ de 17.4.98).

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PROVA ILÍCITA. 'ESCUTAS TELEFÔNICAS'. C.F., art. 5º, XII. PROVA. I. – A condenação não se apóia apenas na 'escuta telefônica'. É dizer, há, nos autos da ação penal, outras provas. II. – Exame aprofundado da prova: impossibilidade em sede de recurso especial. III. – H.C. indeferido." ("DJ" de 1º.8.2003).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda se orienta no sentido da licitude da gravação de conversa entre dois interlocutores, quando a gravação for realizada por um deles, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. No RE 402.035-AgR/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, decidiu a 2ª Turma:

"GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido." ("DJ" de 06.02.2004)⁴⁹.

Quanto à exigência de lei para definir as hipóteses e a forma da interceptação, foi editada a Lei nº 9.296/96 para regular a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição. Em face dela, a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça. Ademais, determinou a lei a sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. E só será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (a) houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (b) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e (c) o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

A interceptação das comunicações telefônicas só pode ocorrer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, ficando afastada quando o objetivo for instruir procedimentos ou processos civis e administrativos. Todavia, o Supremo Tribunal Federal vem mitigando essa última condição, para admitir, em situações excepcionais, o traslado da prova obtida por interceptação telefônica para instruir outros procedimentos ou processos de natureza administrativa ou civil. Em razão da repercussão que causa e importância da qual se reveste, transcrevo-a abaixo a síntese da decisão proferida no Inq 2.424-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 25-4-07, Informativo 464:

49. No mesmo sentido: RE 212.081/RO, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 27.3.98, HC 75.338/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, "DJ" de 25.9.98; HC 74.678/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, "DJ" de 15.8.97; HC 75.261/MG, Rel. Ministro Octavio Gallotti.

"O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada em inquérito – em que se imputa, a magistrados e outros, a suposta prática de diversos crimes apurados na denominada 'Operação Furacão' –, pela autorização, sob dever de resguardo do sigilo, de envio, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Conselho Nacional de Justiça, de cópias do acervo probatório coligido nesse inquérito, bem como, se eventualmente requerido, ao Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro e ao Tribunal Regional do Trabalho de Campinas. Na espécie, o STJ e o CNJ pleiteavam cópia desse inquérito, recoberto pelo sigilo legal, sobre dados de interceptações telefônicas autorizadas, para o efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos ao seu controle administrativo. Inicialmente, afirmou-se que, na interpretação das normas contidas no art. 5º, XII, da CF e no art. 1º da Lei 9.296/96, devem ser discernidos, à luz dos valores nelas ponderados e tutelados, dois âmbitos semânticos: o da produção da prova, inerente aos resultados documentais da interceptação, e o do seu uso processual em sentido lato. Relativamente ao primeiro, ressaltou-se que a restrição constitucional tem por escopo a preservação da intimidade como bem jurídico privado, essencial à dignidade da pessoa, até o limite em que esse valor, surgindo como óbice à repressão criminal, cede à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais da subsistência da vida social. No que se refere ao segundo, asseverou-se caber ao intérprete questionar a existência, ou não, de algum interesse público transcendente que, ligando-se a consequências de outra qualificação jurídico-normativa do mesmo ato ilícito objeto da investigação criminal, deva prevalecer, mais uma vez, na esfera ou na instância não penal competente, sobre a garantia de uma intimidade já devassada, para o efeito de aplicar ao autor daquele ato, por conta de sua simultânea ilicitude de outra ordem, a sanção legal não penal que lhe convém ou corresponde, a título de resposta estratégica do ordenamento, à violação de norma jurídica diversa. Tendo isso em conta, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses jurídicos privados e disponíveis, considerou-se não afrontar a Constituição Federal ou a lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. Aduziu-se que outra interpretação do art. 5º, XII, da CF e do art. 1º da Lei 9.296/96 equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível à gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico."

6. DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade, material ou imaterial, é garantido pela Constituição (art. 5º, XXII). Mas a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente do *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza*, na feliz expressão de Duguit⁵⁰.

É, sem dúvida, um importante direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade, na medida em que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII). Por isso mesmo, não é absurdo afirmar-se que a Constituição só garante o direito de propriedade se esta atender a sua função social. Se assim o é, o Estado Social, para proporcionar o bem-estar social, pode intervir na propriedade privada, se esta, evidentemente, estiver sendo utilizada contra o *bem comum* da coletividade⁵¹.

Assim, o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da exigência do cumprimento de sua função social. Apesar de conexos, distingue-se o direito de propriedade com sua função social. No entanto, conjugados esses dois princípios, a Constituição garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. E a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade. Segundo a Constituição, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º); e a propriedade rural cumpre a sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

E uma das formas mais enérgicas de intervenção estatal na propriedade privada é a desapropriação, que consiste na transferência compulsória da

propriedade privada (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Estado ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante a paga de justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em título da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (art. 182, § 4º, III) e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (art. 184).

No âmbito do direito de propriedade, a Constituição protege a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, de modo que não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (art. 5º, XXVI)⁵².

6.1. Propriedade intelectual

A Constituição também assegura o direito de propriedade intelectual, que envolve os *direitos autorais* e a *propriedade industrial*.

No art. 5º, XXVII, declara que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Trata-se do direito autoral, transmissível aos herdeiros, porém pelo tempo que a lei fixar.

No art. 5º, XXVIII, assegura aos autores, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem.

No art. 5º, XXIX, a Constituição determina que a lei assegure aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Protege-se aqui a propriedade industrial.

50. DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado*, trad. Posada, 1931, p. 37.

51. STF, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04: "O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade." Grifos nossos.

52. Vide STF, RE 136.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-97, DJ de 25-4-97: "Impenhorabilidade da pequena propriedade rural de exploração familiar (Const., art. 5º, XXVI): aplicação imediata. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental –, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de 'propriedade familiar' do Estatuto da Terra."

6.2. Direito de herança

É novidade a proteção constitucional expressa do direito de herança. Antes ele era deduzido do direito de propriedade, sem previsão própria nas Constituições pretéritas. Agora, mais do que isso, ele mereceu proteção autônoma da Constituição, que, no art. 5º, XXX, o garantiu clara e explicitamente.

Ademais, a Constituição estabeleceu que a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus" (art. 5º, XXXI).

7. DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição, na verdade, afigura-se mais propriamente como uma garantia constitucional de defesa de direitos. Vale dizer, uma garantia destinada a reivindicar dos poderes públicos a proteção de direitos ou a correção de ilegalidade ou abuso de poder. Em conformidade com o seu delineamento constitucional, são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, "a").

Em razão do direito de petição, o Plenário do STF, a partir do julgamento do RE 388.359 e da ADI 1.976, passou a entender que é inconstitucional tanto a exigência de depósito prévio quanto o arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo. No mesmo sentido: RE 389.383; RE 390.513; AI 398.933-AgR e AI 408.914-AgR⁵³.

Cumpra advertir que o direito de petição, nada obstante ser um direito fundamental que alimenta os regimes democráticos, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória — ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros⁵⁴.

53. STF, ADI 1.976, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28-3-07, DJ de 18-5-07: "A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na lei 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72." Grifos nossos.

54. Nesse sentido, conferir STF, AR 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-10-94, DJ de 6-6-97: "O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada

Por último, é importante observar que o STF fixou entendimento no sentido de que a reclamação constitucional destinada a assegurar a sua competência e a autoridade de suas decisões tem natureza jurídica de direito de petição⁵⁵.

8. DIREITO DE CERTIDÃO

A Constituição também assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas⁵⁶, a obtenção de *certidões* em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, "b").

Apesar de clara e objetiva a previsão constitucional em torno do direito de certidão, não são poucos os casos de sua violação por parte do poder público, situação que tem gerado uma plethora de mandados de segurança para se corrigir o abuso⁵⁷.

9. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça traduz-se numa das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se pela inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito.

à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros." No mesmo sentido: MS 21.651-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-5-94, DJ de 19-8-94; Pet 762-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º-2-94, DJ de 8-4-94.

55. STF, ADI 2.212, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-10-03, DJ de 14-11-03: "A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal."

56. Vide STF, ADI 2.969, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 29-3-07, DJ de 22-6-07: "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 178 da Lei Complementar n. 19, de 29 de dezembro de 1997, do Estado do Amazonas. Extração de certidões, em repartições públicas, condicionada ao recolhimento da 'taxa de segurança pública'. Violação à alínea b do inciso XXXIV do 5º da Constituição Federal. Ação julgada procedente."

57. Ver, por exemplo, o seguinte acórdão do egrégio TRF-1ª Região, 6ª Turma, REO 2004.38.00.018297-4/MG, REMESSA EX-OFFICIO, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, 29/01/2007 DJ, p. 38: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO REFERENTE A PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO QUAL A REQUERENTE FIGURA COMO PARTE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. I - O direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, é assegurado pela Constituição Federal, que ressalva, tão-somente, aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Hipótese não caracterizada, no caso dos autos. II - *Afigura-se inconstitucional e abusiva a omissão da autarquia promovida em expedir, no prazo previsto em lei, certidão do inteiro teor de processo administrativo disciplinar promovido contra a requerente, posto que contraria o disposto no art. 5º, XXXIV, b, da Constituição Federal.* III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada." Grifos nossos.

Em conformidade com a Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Proclamou, com isso, a garantia da *inafastabilidade da jurisdição*, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao Judiciário. Assim, a lei não pode condicionar o ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas, como era permitido pela Carta passada (com a EC 07)⁵⁸.

Uma das importantes providências adotadas pela Constituição para *viabilizar o acesso à justiça* foi a previsão dos Juizados Especiais com competência para processar e julgar causas de pequeno valor e menor complexidade. A esse respeito, o STF decidiu recentemente que a possibilidade de as partes designarem representantes para a causa, advogado ou não, não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, *seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça*. Cito abaixo a decisão em tela, proferida na ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-6-06, Informativo 430:

"O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça."

Em razão do direito de acesso à justiça, também não se permite a majoração indiscriminada ou sem limites das custas judiciais. Aliás, o STF já sumulou o entendimento segundo o qual *viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa* (Súmula nº 667).

58. Nesse sentido decidiu recentemente o STF, ADI 1.074, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-3-07, DJ de 25-5-07: "Artigo 19, caput, da Lei federal n. 8.870/94. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição do Brasil. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." Grifos nossos. Vide também, STF, MS 23.789, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-6-05, DJ de 23-9-05: "Quanto à alegada preclusão, o prévio uso da via administrativa, no caso, não é pressuposto essencial ao exercício do direito de interposição do mandado de segurança. Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo, equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal." Grifos nossos.

Enfim, o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça a direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito⁵⁹.

Entretanto, o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. Porém, a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (art. 217, §§ 1º e 2º).

10. DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA

No *caput* do art. 5º, a Constituição garante a inviolabilidade à segurança jurídica. Cuida-se, sem dúvida, de outra garantia fundamental dos regimes democráticos, que consagra a proteção da confiança e a segurança de estabilidade das relações jurídicas constituídas.

Encerra a idéia de que as relações ou situações jurídicas constituídas com base em uma lei perdurarão ainda que posteriormente seja revogada tal lei.

Como sublinhou Canotilho, "O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito."⁶⁰

A garantia da segurança jurídica impõe aos poderes públicos o respeito à estabilidade das relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão nos direitos e liberdades individuais e coletivas. Ela visa tornar segura a vida das pessoas e instituições, ou, como pontifica Tércio Sampaio Ferraz Jr., "cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos

59. Nesse sentido, STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-04, DJ de 1º-7-05: "Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. (...) A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa."

60. CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 252.

dos outros”⁶¹. Assim, a segurança jurídica, no magistério de Jorge Reinaldo Vanossi, consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.”⁶²

Para Souto Maior Borges, a segurança jurídica “pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes, inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade”⁶³. Mas, para o próprio mestre tributarista, a segurança jurídica é também matéria de direito posto, na medida em que é contemplada e consignada em normas de Direito Positivo. Noutro sentido, pode-se dizer que a segurança jurídica encontra-se nas dobras de todos os direitos e garantias fundamentais que visam instalar um clima de confiança e tranqüilidade tanto nas relações jurídicas já constituídas, tornando-as intangíveis, quanto naquelas que irão se consolidar, tornando-as previsíveis.

“Essa bidirecionalidade passado/futuro – diz com maestria Paulo de Barros Carvalho – é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas (...). Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade (...). No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.”⁶⁴

Busca, assim, a segurança jurídica preservar e efetivar os valores consignados no princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, entremostrando-se como instrumento de garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Na Constituição, a segurança jurídica manifesta-se, fundamentalmente, por meios das seguintes garantias: direito adquirido; ato jurídico perfeito e coisa julgada.

10.1. Garantia do direito adquirido

Em conformidade com a Constituição, a lei não prejudicará o direito adquirido (art. 5º, XXXVI). Entende-se por direito adquirido a garantia segundo a qual um direito, desde que cumpridas as condições necessárias para

61. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*, RDT, 17-18/51.

62. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 16ª edição, p. 433.

63. BORGES, Souto Maior. ‘Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do Tributo’. In: *Revista de Direito Tributário*, v. 63, p. 207.

64. In: *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 6ª edição, pp. 91/92

o seu exercício, incorpora-se ao patrimônio de seu titular, que dele poderá usufruir a qualquer tempo, ainda que posteriormente extinto ou agravadas as bases normativas de sua constituição.

Vejamos um simples exemplo. Um servidor público, em determinado momento, satisfaz todas as condições jurídicas exigidas para o exercício de sua aposentadoria voluntária. No entanto, prefere não se aposentar, mas *adquire o direito* de fazê-lo a qualquer tempo. Ele titulariza o direito de se aposentar sob aquelas condições, ainda que posteriormente essas condições sejam agravadas. Terá o direito adquirido. É claro que, se ele optar por exercer o direito, aposentando-se, o direito deixa de ser adquirido e passa a ser direito exercido ou consumado⁶⁵.

10.2. Garantia do ato jurídico perfeito

Também segundo a Constituição, a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).

Ato jurídico perfeito é garantia que preserva todos os atos ou negócios jurídicos decorrentes da manifestação legítima de vontade de quem os editou, em consonância com a ordem jurídica existente no momento de sua formação⁶⁶. Distingue-se do direito adquirido, porque enquanto este resulta diretamente da lei, o ato jurídico perfeito decorre diretamente da vontade de quem o originou, estando apenas assentado na lei.

65. Conferir situação semelhante, mas envolvendo o direito de conversão de licença-prêmio não gozada em tempo de serviço, STF, RE 394.661-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-9-05, DJ de 14-10-05: “Servidor público. Conversão de licença-prêmio não gozada em tempo de serviço. Direito adquirido antes da vigência da Emenda Constitucional 20/98. Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a conversão.”

66. STF, AI 292.979-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-02, DJ de 19-12-02: “Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.” Vide também a *Súmula Vinculante 01 do STF*: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001.”

10.3. Garantia da coisa julgada

Ainda segundo a Constituição, a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Coisa julgada é a garantia que torna inquestionável, imutável e irreversível uma decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso.

Ora, se a finalidade do processo é a composição dos conflitos de interesses, é mais do que recomendável que exista um momento em que a pacificação desses conflitos se torne definitiva. Assim, a coisa julgada é garantia que evita a eternização dos litígios e, em consequência, a rediscussão das controvérsias.

Todavia, parte da doutrina processual vem sustentando a necessidade de desconstituição, a qualquer tempo, da chamada *coisa julgada inconstitucional*, sob o argumento de que, se uma decisão judicial transitada em julgado conferiu uma interpretação à norma constitucional diversa daquela posteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a coisa julgada não se sustenta. O STF tem se posicionado no sentido de que esta decisão poderá ser objeto de *ação rescisória*, não se aplicando a Súmula 343 da Corte ("Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais") em se tratando de matéria constitucional⁶⁷.

11. DIREITO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do devido processo legal foi ineditamente prevista na Constituição de 1988, como garantia expressa das liberdades públicas, segundo

a qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Compreende (a) o devido processo legal formal ou procedimental e (b) o devido processo legal material ou substantivo⁶⁸.

O devido processo legal formal ou procedimental (*procedural due process of law*) se satisfaz com a exigência da abertura de regular processo como condição para restrição de direitos. Essa garantia remonta à Magna Carta inglesa de 1215 (art. 39) que já se preocupava em exigir um processo como formalidade necessária para imposição de penas.

O devido processo legal material ou substantivo (*substantive due process of law*), de desenvolvimento mais recente, sobretudo na doutrina e jurisprudência norte-americana, impõe a justiça e razoabilidade das decisões restritivas a direitos. Vale dizer, parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger.

Cumprе anotar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que considerou, a princípio, o *duplo grau de jurisdição* como garantia decorrente do devido processo legal, mitigando a jurisprudência da própria Corte que não empresta natureza constitucional àquela garantia. Conferir, abaixo, o acórdão do STF no HC 88.420, Rel. em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 17-4-07, DJ de 8-6-07:

"A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. A incorporação posterior ao ordenamento

67. STF, Pleno, RE 328812 – Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 02.05.2008, assim ementado: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. No mesmo sentido, STF, Primeira Turma, RE 473715 (AgR), Relator Min. CARLOS BRITTO, DJ de 25-05-2007, pp.75: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. BENFEITORIAS. PAGAMENTO EM ESPÉCIE. DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. É certo que esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizam o pagamento, em espécie, de benfeitorias fora da regra do precatório. Isso não obstante, no caso dos autos, esse pagamento foi determinado por título executivo que está protegido pelo manto da coisa julgada, cuja desconstituição não é possível em sede de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em processo de embargos à execução. Precedente: RE 443.356-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo regimental desprovido.

68. STF, ADI 1.511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-10-96, DJ de 6-6-03: "Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa."

brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior."

12. DIREITO ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

As garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no art. 5º, LV, da Constituição, nos seguintes termos: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir a regular instauração formal de processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.

São, assim, garantias que se casam numa união indissolúvel.

O contraditório, numa acepção mais singela, é garantia que assegura a pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito.

A ampla defesa, a seu turno, é garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário.

É óbvio que, para o sucesso dessas garantias, é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o Estado Democrático de Direito⁶⁹.

Mudando a sua jurisprudência, o STF passou a entender que a "garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo." (RE 388.359, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-3-07, DJ de 22-6-07)⁷⁰.

69. STF, RE 378.041, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 21-9-04, DJ de 11-2-05: "O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado *ad nutum*, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula 21 do STF."

70. No mesmo sentido: RE 389.383 e RE 390.513, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-3-07, Informativo 461; AI 398.933-Agr e AI 408.914-Agr, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-3-07, Informativo 461.

13. DIREITO À SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

A Constituição prevê, no art. 5º, diversas garantias de segurança das liberdades públicas em matéria penal e processual penal. Algumas estão expressas, outras tão-somente implícitas. Vejamo-las.

a) Garantia da legalidade ou da reserva legal

O moderno Direito Penal se assenta em determinados princípios fundamentais, típicos do Estado Democrático de Direito, entre os quais se destaca o da legalidade ou da absoluta reserva à lei das condutas penalmente puníveis (as infrações penais) e das sanções correspondentes, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF. Pelo *princípio da legalidade penal ou da reserva legal*, não há crime nem pena sem *previsão legal*. Cuida-se de um princípio constitucional especial que decorre diretamente do princípio geral explicitado no art. 5º, inciso II, da Carta Magna (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*). O princípio da legalidade penal exige, pois, que só por meio de lei se descrevem condutas puníveis. A Lei, aí exigida, deve ter caráter *formal e material*, editada pelo Poder Legislativo da União (CF, art. 22, I) e com caráter geral e abstrato, o que importa em afastar outros instrumentos assemelhados, como as medidas provisórias e leis delegadas. Finalmente, deve-se a Feuerbach a consagração, no início do século XIX, deste princípio através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁷¹

b) Garantia da anterioridade penal

Pelo *princípio da anterioridade*, não há crime nem pena sem *prévia* previsão legal. Quer dizer, não basta que a conduta punível e a sanção sejam descritas em lei. É imperioso que esta lei anteceda à realização da própria conduta. A legalidade e a anterioridade penal manifestam-se como verdadeiras garantias fundamentais assecuratórias da segurança jurídica. Originaram-se no ideário da Ilustração, em especial na obra de Beccaria, intitulada *Dei delitti e delle pene* (1764).

c) Garantia da taxatividade

Por este princípio, exige-se que a lei penal incriminadora seja precisa e específica. Quer dizer, não basta a lei. A lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. Cuida-se de princípio corolário ao princípio da legalidade, uma vez que este ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse a conduta delituosa em

71. *Apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. Editora Saraiva, 6ª edição.

todos os seus elementos e circunstâncias. Esse princípio, destarte, afasta os chamados tipos abertos ou genéricos, à exceção dos crimes culposos, porque nestes, por mais atento observador que possa ser o legislador, não terá condições de pormenorizar todas as condutas humanas ensejadoras da composição típica.

d) Garantia da culpabilidade

Assenta-se no postulado de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Em seu sentido amplo, esse princípio compreende o da responsabilidade penal subjetiva, de sorte que somente será responsabilizado criminalmente aquele que atuou com dolo ou culpa.

De ressaltar-se que o conceito de culpabilidade, no direito penal, pode assumir três sentidos. Num primeiro sentido, a culpabilidade revela-se como *fundamento da pena*. Quer dizer, o agente só será punido pela prática de um fato típico e ilícito, se for considerado culpável (ou seja, for *imputável*, ter *potencial consciência da ilicitude* do fato e, finalmente, lhe poder ser *exigível conduta diversa* daquela que realizou). Num segundo sentido, a culpabilidade se apresenta como *limite ou medida da pena*. Quer dizer, o agente responderá pelo crime na medida de sua culpabilidade. A pena não pode ser além ou aquém “da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade.”⁷² Exige-se, portanto, uma verdadeira proporcionalidade (proibição do excesso para a Constituição portuguesa) entre a gravidade da lesão ou do dano causado pela infração e a drasticidade da intervenção estatal com a aplicação da pena. Num terceiro sentido, a culpabilidade é assimilada como um *conceito adverso à idéia de responsabilidade objetiva*. Ou seja, ela impõe a existência de uma conduta dolosa ou culposa (encerra uma idéia de responsabilidade subjetiva).

e) Garantia da não culpabilidade

Consiste na garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

Apesar disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os seus requisitos, encontre fundamento em situação que evidencie a real necessidade de sua adoção. Ademais, considerou o STF que a Convenção

72. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 14.

Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de sempre recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao *status libertatis* do réu, estabelece, em seu artigo 7º, n. 2, que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”, admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, n. 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva da liberdade do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual (HC 89.754, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-2-07, DJ de 27-4-07).

Com fundamento na garantia em tela, o Supremo não admite a chamada execução provisória da pena, pois “O princípio da não-culpabilidade exclui a execução da pena quando pendente recurso, muito embora sem eficácia suspensiva.” (HC 88.276, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-11-06, DJ de 16-3-07).

f) Garantia do juiz natural

Em consonância com a garantia do juiz natural ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII)⁷³. E auto-

73. STF, Inq 1.376-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-07, DJ de 16-3-07: “Prerrogativa de foro – Excepcionalidade – Matéria de índole constitucional – Inaplicabilidade a ex-ocupantes de cargos públicos e a ex-titulares de mandatos eletivos – Cancelamento da Súmula 394/STF – Não-incidência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* – Postulado republicano e juiz natural – Recurso de agravo improvido. O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delitosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, b e c). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgredir valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. A prerrogativa de foro é outorgada,

ridade competente é aquela constituída antes do fato delituoso a ser julgado, a partir de critérios de repartição de competência estabelecidos pela Constituição e pela Lei⁷⁴.

Por isso, a Constituição veda a criação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII).

No julgamento do HC 96.821 (Sessão de 08/04/2010), o Plenário do STF fixou a orientação de que não há nenhuma violação ao princípio do juiz natural quando o órgão fracionário de Tribunal é composto, na sua maioria, por juízes convocados de primeiro grau⁷⁵.

Ademais, não há violação ao princípio do juiz natural a especialização de varas por ato do Tribunal⁷⁶.

g) Garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas

Segundo a Constituição, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Cuida-se de uma garantia instituída para

constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes.”

74. Conferir: “O princípio do juiz natural veda a instituição de tribunais e juízos de exceção e impõe que as causas sejam julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado, a partir de critérios constitucionais de repartição da competência” (STF, Segunda Turma, RE 463560/SC, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008).
75. Conferir: STF, Primeira Turma, HC 103243/GO, Relator Min. AYRES BRITTO, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CÂMARA MAJORITARIAMENTE COMPOSTA POR JUÍZES DE 1º GRAU. PRECEDENTES. DESCAMINHO. TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. VALOR DAS MERCADORIAS. VALOR DO TRIBUTO. LEI 10.522/02 (redação da Lei 11.033/04). IRRELEVÂNCIA PENAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não viola o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para compor órgão julgador do respectivo Tribunal. Precedente: HC 86.889, da relatoria do ministro Menezes Direito. 2. No julgamento do HC 96.821 (Sessão de 08/04/2010), o Plenário desta nossa Corte fixou a orientação de que não há nenhuma violação ao princípio do juiz natural quando a Turma julgadora é composta, na sua maioria, por juízes convocados de primeiro grau. Entendimento, esse, que homenageia a duração razoável do processo, “materializando o ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva”.
76. Conferir: STF, Primeira Turma, HC 96104/MS, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVIMENTO 275 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ILEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O provimento apontado como inconstitucional especializou vara federal já criada, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais. II - Não há violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da perpetuatio jurisdictionis, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos Tribunais. Precedentes. III - O tema pertinente à organização judiciária não está restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, uma vez que depende da integração de critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais (Informativo 506 do STF). IV - Ordem denegada.

proteger basicamente o indivíduo da prepotência dos poderes responsáveis para repressão penal, tolhendo-lhes a possibilidade de produzir provas ilícitas e clandestinas ou forjar elementos probatórios com o intuito unicamente condenatório.

Sobre o tema, confira-se abaixo excelente acórdão do Supremo Tribunal Federal, da pena de um de seus mais ilustres Ministros, Min. Celso de Mello, no RHC 90.376, julgado em 3-4-07, DJ de 18-5-07:

“Ilícitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*): a questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos

probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte Americana): casos *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Williams* (1984); *Murray v. United States* (1988), *v.g.*”

h) Garantia do silêncio ou não auto-incriminação

Declara a Constituição que o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII).

Reconhece-se aí a garantia do silêncio ou da não auto-incriminação. O STF já decidiu a respeito, entendendo que “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.” (HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-11-03, DJ de 12-12-03).

i) Garantia da prisão constitucional

A garantia da prisão constitucional consiste no fato de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI).

Com isso, a Constituição veda a prisão fora das hipóteses por ela excepcionalmente declaradas. Logo, não há mais prisão administrativa⁷⁷ ou prisão por força de lei ou *ex lege*⁷⁸.

77. Salvo durante a vigência dos chamados Estados de Exceção (arts. 136 e 137).

78. A propósito, conferir o recente acórdão do STF nas ADI 3.112, ADI 3.137, ADI 3.198, ADI 3.263, ADI 3.518, ADI 3.535, ADI 3.586, ADI 3.600, ADI 3.788, ADI 3.814, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-5-07, Informativo 465: “O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, pedido formulado em várias ações diretas ajuizadas pelo Partido Trabalhista Brasileiro-PTB e outros para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do art. 21 da Lei

j) Garantia da vedação da prisão civil por dívida

A Constituição veda a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII).

Relativamente à ressalva da prisão civil por dívida do depositário infiel, a jurisprudência do STF por muito tempo entendeu que não se aplicaria entre nós o tratado de São José da Costa Rica, aprovado no Brasil, cujo art. 7º, n. 7, proibiu tal prisão. Contudo, a Suprema Corte hodiernamente sinaliza para uma mudança louvável de sua jurisprudência, conforme se pode aferir do julgado exarado no HC 90.172, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5-6-07, Informativo 470:

“A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. No caso, ajuizada ação de execução, o paciente aceitara o encargo de depositário judicial de bens que, posteriormente, foram arrematados pela credora. Ocorre que, expedido mandado de remoção, os bens não foram localizados e o paciente propusera, ante a sua fungibilidade, o pagamento parcelado do débito ou a substituição por imóvel de sua propriedade, ambos recusados pela exequente. Diante do descumprimento do múnus, decretara-se a prisão do paciente. Inicialmente, superou-se a aplicação do Enunciado da Súmula 691 do STF. Em seguida, *asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional*

10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas-Sinarm, define crimes e dá outras providências. (...) Quanto ao art. 21 da lei impugnada, que prevê serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo), entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se, no ponto, que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a *Constituição não permite a prisão ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). (...) O Tribunal, por unanimidade, julgou, ainda, improcedente o pedido quanto aos artigos 2º, X; 5º, §§ 1º, 2º e 3º; 10; 11, II; 12; 23, §§ 1º, 2º e 3º; 25, parágrafo único; 28; 29 e ao parágrafo único do art. 32, e declarou o prejuízo da ação em relação ao art. 35, todos da Lei 10.826/2003.” Grifos nossos.

dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.” Grifos nossos.

Mais recentemente, e resolvendo definitivamente a questão, o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 03 de dezembro de 2008⁷⁹, restringiu a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia. Com efeito, por maioria, o Plenário do STF arquivou o Recurso Extraordinário n. 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor – excetuado o inadimplente com alimentos – e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos. Também por maioria, o STF decidiu no mesmo sentido um terceiro processo versando sobre o mesmo assunto, o Habeas Corpus n. 87585. Para dar consequência a esta decisão, revogou a Súmula 619, do STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Ao trazer o assunto de volta a julgamento, depois de pedir vista em março deste ano, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito defendeu a prisão do depositário judicial infiel. Entretanto, como foi voto vencido, advertiu que, neste caso, o Tribunal teria de revogar a Súmula 619, o que acabou ocorrendo. Nos REs, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionavam decisões que entenderam que o contrato de alienação fiduciária em garantia é insuscetível de ser equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil. O mesmo tema estava em discussão no HC 87585, em que Alberto de Ribamar Costa questiona acórdão do STJ. Ele sustenta que, se for mantida a decisão que decretou sua prisão, “estará respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo”. Ele fundamentou seu pleito na impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda

Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, referindo-se ao pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Em toda a discussão sobre o assunto prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição Federal e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionabilíssimos. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida. “A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais”, disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. “O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o ‘corpus vilis’ (corpo vil), sujeito a qualquer coisa”. Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que “o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado”. “Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações”, acrescentou ela. No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que “há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos”. Menezes Direito filiou-se à tese hoje majoritária, no Plenário, que dá status supralegal (acima da legislação ordinária) a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal. No voto que proferiu em 12 de março, quando o julgamento foi interrompido por pedido de vista de Menezes Direito, o ministro Celso de Mello lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia. O mesmo, segundo ele, ocorre com o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa esta proibição, enquanto a Constituição brasileira de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre

79. Segundo informação extraída do site da Corte. Acesso em 12.12.2008. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258&caixaBusca=N>

o assunto. Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro lembrou que, naquele evento, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo. O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal. Ele ponderou, no entanto, que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la. A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, duas teses se formaram no STF. E por 5 votos a 4, venceu a corrente capitaneada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que defendeu a *supralegalidade* dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, vencida a corrente liderada pelo ministro Celso de Mello, que conferia a eles status equivalente ao do texto da Constituição Federal. A primeira corrente – que considera esses tratados acima da legislação ordinária do país, porém abaixo do texto constitucional – admite, entretanto, a hipótese do nível constitucional desses tratados, quando ratificados pelo Congresso Nacional pelo mesmo procedimento obedecido na votação de emendas constitucionais: aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, acrescentado pela EC 45/04.

k) Garantia da intervenção mínima

Pelo *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, "o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa"⁸⁰. Ele "orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado

bem jurídico"⁸¹. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, somente deve atuar quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

l) Garantia da fragmentariedade

Do princípio da intervenção mínima decorre o *princípio da fragmentariedade*. Em face dele, o Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que só se ocupa de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Assim, o *caráter fragmentário* do Direito Penal – segundo Bitencourt – "significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes"⁸².

m) Garantia da humanidade

Este princípio deriva do princípio fundamental da dignidade humana, previsto no art. 10º, inciso III, da CF, como fundamento do Estado brasileiro. Por este princípio, veda-se a adoção de penas atentatórias à dignidade da pessoa humana. A Carta Política, expressamente, proíbe as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Ademais disso, a CF assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, inciso XLIX)

n) Garantia da adequação social e da insignificância

A *adequação social*, segundo Welzel, veda que uma conduta, inobstante se adequar ao modelo legal, seja considerada típica se for socialmente adequada, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. A doutrina diverge se esse princípio exclui a tipicidade, a ilicitude ou se trata de um princípio geral de interpretação. Pelo *princípio da insignificância*, formulado por Claus Roxin em 1964, o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas. Logo, os danos de pouca monta devem ser considerados fatos atípicos. A insignificância não se confunde com a adequação social, pois enquanto esta última pressupõe a total aprovação social da conduta, a insignificância apenas tolera a sua prática em face de sua escassa lesividade, continuando, todavia, a considerá-la socialmente inadequada.

80. PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 24.

81. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 11.

82. Idem, ibidem p. 12.

o) *Garantia da alteridade*

Proíbe a incriminação de comportamentos meramente subjetivos, que não ofendem nenhum bem jurídico. Assim, por este princípio, "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta moralmente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente –, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal"⁸³.

p) *Garantia da confiança*

Conforme Welzel⁸⁴, este princípio consiste na realização da conduta de uma determinada forma, na confiança de que o outro agente atuará de um modo já esperado, isto é, normal. Baseia-se na confiança de que a conduta das outras pessoas se dará conforme o que normalmente ocorre. Assim, nas intervenções cirúrgicas, o cirurgião tem de confiar na assistência correta que costuma receber de seus auxiliares, de sorte que, se uma enfermeira lhe passa uma injeção com medicamento trocado e, em face disso, o paciente vem a morrer, não haverá conduta culposa por parte do médico, pois não foi sua ação (tomada com base na confiança que tinha na enfermeira), mas, sim, a de sua auxiliar que violou o dever objetivo de cuidado. Diga-se o mesmo em relação aos delitos de trânsito.

q) *Garantia da irretroatividade da lei penal mais severa*

Em face dos valores consagrados pelo princípio maior da segurança jurídica, que protegem as pessoas em relação aos fatos ou condutas que realizam, tornando-as intangíveis, e em relação aos fatos ou condutas que irão realizar, tornando-as previsíveis, as leis, em geral, são postas para disciplinar os fatos futuros. Excepcionalmente, podem elas retroagir, caso assim disponham expressamente, desde que não atinjam direitos adquiridos, não prejudiquem atos jurídicos perfeitos, nem atentem contra a coisa julgada. Pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, a CF veda que lei nova prejudique as pessoas (que não cometeram qualquer infração penal), responsabilizando-as criminalmente por condutas que antes não eram típicas, ou agentes (que cometeram infração penal), agravando as condutas já puníveis.

r) *Garantia da retroatividade da lei penal mais benigna*

Todavia, se a nova lei penal, de qualquer forma, beneficia o agente, ela será sempre retroativa, pouco importando a fase em que se encontre o

83. BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. REVAN, 1990, p. 91.

84. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edição, pp. 189/191.

processo penal acusatório, pois ela retroagirá até para atingir a condenação transitada em julgado. Este princípio, bem como o anterior, encontram-se expressados no inciso XL da CF (*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*).

s) *Garantia da pessoalidade da pena*

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (CF, art. 5º, inciso XLV). Ela é pessoal e intransferível, qualquer que seja a sua espécie (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). A obrigação de reparar o dano causado pelo delito é que pode ser transferido aos sucessores, nos limites da força da sucessão.

t) *Garantia da individualização da pena*

Em face do princípio da culpabilidade, toda imposição de pena submete-se a um processo de individualização (CF, art. 5º, inciso XLVI). O CP, no art. 68, regula esse processo.

Por violar essa garantia constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei dos crimes hediondos que vedava a progressão do regime de cumprimento de pena. Confira-se emenda do julgado no HC 82.959-7, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006:

"PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90."

u) *Garantia da não extradição*

Cuida-se a extradição de um importante instrumento de cooperação jurídica internacional por meio do qual um Estado competente para processar e julgar criminalmente uma pessoa, ou contra ela executar uma pena já imposta, formula um pedido de entrega dessa pessoa, junto ao Estado onde ela se encontra. Não se confunde com a deportação nem com a expulsão.

A deportação consiste na saída compulsória do estrangeiro nos casos de entrada ou estada irregular, se este não se retirar voluntariamente do

território nacional no prazo fixado. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

Já a expulsão ocorre quando o estrangeiro atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Segundo a Constituição, nenhum brasileiro *nato* será extraditado, mesmo se titular de outra nacionalidade (originária ou derivada) e seja alvo de pedido de extradição do Estado onde também é nacional.

O brasileiro *naturalizado*, contudo, pode ser extraditado nas 02 taxativas hipóteses de (1) crime comum praticado antes da naturalização (ou seja, quando ainda estrangeiro) ou (2) de comprovado envolvimento em crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, em qualquer tempo (antes ou depois da naturalização) (CF, art. 5º, inciso LI).

Ademais disso, o estrangeiro também não será extraditado por crime político ou de opinião (CF, art. 5º, inciso LII).

Vale ressaltar que o pedido de extradição feito por Estado estrangeiro (a chamada *extradição passiva*) só poderá ser admitido se a conduta praticada pelo extraditando for tipificada como crime, tanto no Brasil como no Estado requerente (*princípio da dupla punibilidade*, acolhido pela Lei 6.815/80, art. 77, II). Uma vez constatada a ocorrência da prescrição em face da legislação de qualquer dos dois Estados (requerente e requerido), o pedido de extradição deve ser indeferido (Lei 6.815/80, art. 77, VI). Além disso, quando a pena prevista no Estado requerente for vedada pela Constituição brasileira (CF, art. 5º, XLVII), o deferimento do pedido de extradição pelo STF ficará condicionado ao compromisso, feito pelo Estado requerente, de *comutação da pena vedada* por outra prevista pela legislação brasileira⁸⁵.

Relativamente à extradição de estrangeiro, cumpre sublinhar que no polêmico julgamento envolvendo a extradição do ativista italiano Cesare Battisti, o STF autorizou a extradição requerida pelo Estado italiano, mas afirmou, por maioria (5 a 4), o "caráter discricionário" do cumprimento da decisão pelo Presidente da República, a quem cabe, segundo a Corte, decidir sobre a entrega ou não do extraditando ao Estado requerente. No entanto, após apreciar questão de ordem suscitada pelo governo italiano, o plenário

85. CUNHA JÚNIOR, Dirley. NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal Anotada para Concurso*. Salvador: Edições JusPodivm, 2010.

do Tribunal retificou a proclamação do resultado do julgamento, esclarecendo que, apesar de não estar vinculado à decisão do STF, o Presidente não poderia deixar de efetuar a extradição em virtude do tratado celebrado entre os Estados envolvidos⁸⁶.

v) Outras garantias

A Constituição também consagra as seguintes garantias:

- a) A instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos; e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII).
- b) A punição legal a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).
- c) A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
- d) A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.
- e) Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.
- f) A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII).
- g) Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L).
- h) O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, L).
- i) Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX).

86. STF – Ext 1.085/Governo da Itália, rel. Min. Cezar Peluso (18.11.2009). CUNHA JÚNIOR, Dirley. NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal Anotada para Concurso*. Salvador: Edições JusPodivm, 2010. A polêmica continua, uma vez que o Presidente Lula, no último dia de seu mandato, mesmo em face da questão de ordem resolvida pelo STF, negou o pedido de extradição do Estado italiano.

- j) A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII).
- k) O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV).
- l) A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV).
- m) Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

CAPÍTULO XIII

DOS DIREITOS SOCIAIS

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Direitos sociais do trabalhador – 3. Direitos sociais da seguridade social: 3.1. Direito à saúde; 3.2. Direito à previdência social; 3.3. Direito à assistência social – 4. Direitos sociais à educação e à cultura: 4.1. Direito à educação; 4.2. Direito à cultura – 5. Direito social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – 6. Direitos sociais da criança, do adolescente, do jovem e do idoso – 7. A efetividade dos direitos sociais e a reserva do possível.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra. Fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres¹.

Os direitos sociais manifestam-se, assim, como verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social, que é, na teoria de Rawls², a estrutura básica da sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. E uma justiça social depende fundamentalmente de como se atribuem direitos e encargos e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade. Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas³.

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

1. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 62.
 2. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, p. 7-8.
 3. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 51.

O que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um *atuar* permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material* ou *fática* em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o *mínimo existencial*, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.

Nesse sentido, é inquestionável que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos sociais, de tal sorte que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento⁴. O direito constitucional brasileiro, entretanto, não padece dessa omissão, na medida em que a nossa Constituição reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais, pelo menos os mais importantes à garantia do mínimo existencial.

Enfim, diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais.

Vê-se, pois, que a *força dirigente e determinante* dos direitos sociais *inverte* o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos transita-se para uma *proibição de omissão ou um dever de atuação*. Quer dizer, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado *se abstenha de interferir* nos direitos do indivíduo *transita-se* para o direito a exigir que o Estado *intervenha* ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos⁵.

Cumpra explicitar que os direitos sociais, para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados

à realização da justiça social. Daí dizer-se correntemente que os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais. Com efeito, na esteira de Böckenförde, se com os direitos sociais

“a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto para sua realização. Os Direitos Fundamentais Sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos Bens Materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, etc.”⁶

As prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei” (*Massgabegrundrechte*)⁷, lições às quais não aderimos, por óbvio!

No Brasil, os direitos sociais despontam com a Constituição de 1934 por obra do constitucionalismo social que se difundiu por todo o mundo a partir da revolucionária Constituição mexicana de 1917. Porém, a Constituição

4. Nesse particular, é interessante o artigo de Frank I. Michelman, “The Constitution, social rights, and liberal political justification”. In: *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, p. 13-34. O autor defende nos Estados Unidos da América, cuja Constituição carece de explícita previsão de direitos sociais, a ideia de constitucionalização destes direitos, ainda que por via interpretativa.

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, op. cit., p. 365.

6. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, p. 74.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 267. Ricardo Lobo Torres nega a estes direitos, inclusive, a condição de direitos fundamentais (*A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, p. 282-294).

que mais influenciou a Constituição brasileira de 1934 foi a Constituição alemã de Weimar de 1919. A partir da Constituição de 1934 todas as que lhe sucederam consagraram direitos sociais.

A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do *mínimo existencial*.

No art. 6º, a Constituição reconhece os seguintes direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação⁸, o trabalho, a moradia⁹, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados, a proteção à maternidade e à infância. Os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, à proteção, à maternidade e à infância, estão sistematizados no título VIII que trata da ordem social.

Já os direitos sociais do trabalhador foram tratados no art. 7º.

2. DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR

No art. 7º, a Constituição declara os direitos sociais dos *trabalhadores urbanos e rurais*, não fazendo qualquer distinção entre eles. Por questões didáticas, dividiremos os direitos dos trabalhadores nos seguintes grupos:

1) Direito ao trabalho e à garantia do emprego

Aqui, a Constituição consagrou os seguintes direitos:

- a) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I)¹⁰.

8. O direito à alimentação foi introduzido no art. 6º da CF/88 pela EC n. 64/2010 como direito social.
 9. O direito à moradia foi introduzido no art. 6º da CF/88 pela EC n. 26/2000 como direito social.
 10. Interessante, a respeito, a seguinte decisão do STF, na ADI 1.721, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 11-10-06, Informativo 444: "O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta (...) para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT – adicionado pelo art. 3º da Medida Provisória 1.596-14/97, convertida na Lei 9.528/97 –, que estabelece que o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. Entendeu-se que a norma impugnada é inconstitucional por instituir modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização (CF, art. 7º, I), desconsiderando a própria eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado, bem como o fato de que o direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá na relação jurídica entre o segurado

Percebe-se que a Constituição não fala mais em direito à estabilidade no emprego, que foi substituída com a presente proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo, todavia, não ficou condicionada à edição da referida lei, pois foi estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), consistente no aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966¹¹.

- b) seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, II).
- c) fundo de garantia do tempo de serviço (art. 7º, III).
- d) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (art. 7º, XXI).

II) Direitos relativos ao salário do trabalhador

São, basicamente, os seguintes:

- a) salário mínimo (art. 7º, IV).
- b) piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, V).
- c) irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI).

do Sistema Geral de Previdência e o INSS, portanto às expensas de um sistema atuarial-financeiro gerido por este." No mesmo sentido: AI 565.894-Agr, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-5-06, DJ de 10-11-06.

11. STF, ADI 1.721-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 19-12-97, DJ de 11-4-03: "O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício – efeito que o instituto até então não produzia – na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter sido feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque."

- d) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, VII).
- e) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria (art. 7º, VIII).
- f) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º, IX).
- g) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (art. 7º, X).
- h) salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (art. 7º, XII).
- i) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7º, XVI).
- j) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (art. 7º, XXIII).

III) Direitos relativos ao repouso do trabalhador

Foram reconhecidos os seguintes direitos:

- a) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (art. 7º, XV)¹².
- b) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII)¹³.

12. Conferir, a respeito, STF, ADI 1.675-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-9-97, DJ de 19-9-03: "A Constituição não faz absoluta a opção pelo repouso aos domingos, que só impõe 'preferentemente'; a relatividade daí decorrente não pode, contudo, esvaziar a norma constitucional de preferência, em relação à qual as exceções – sujeitas à razoabilidade e objetividade dos seus critérios – não pode converter-se em regra, a arbítrio unicamente de empregador. A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação."

13. Conferir STF, AI 513.027-Agr, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 29-6-06, DJ de 8-9-06: "Compensação da gratificação denominada pós-férias, instituída por norma coletiva, com o terço constitucional de férias. Possibilidade. Precedentes. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela possibilidade de compensação da gratificação denominada pós-férias, instituída por norma coletiva, com o adicional de 1/3 sobre as férias, previsto no inciso XVII do art. 7º da Magna Carta. Precedentes: Als 360.306-Agr, Relator o Ministro Moreira Alves; 401.304-Agr e 506.362-Agr, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; e RE 380.960, de minha relatoria."

- c) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII).
- d) licença-paternidade, nos termos fixados em lei (art. 7º, XIX). De acordo com o art. 10, § 1º até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de *cinco dias*.
- e) aposentadoria (art. 7º, XXIV). Na verdade, trata-se de um benefício previdenciário cujas condições de exercício estão no art. 201 e seguintes.

IV) Direito à proteção do trabalhador

Neste grupo inserem-se os seguintes:

- a) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX).
- b) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII)¹⁴.
- c) proteção em face da automação, na forma da lei (art. 7º, XXVII).
- d) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII).
- e) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, XXXIII).

V) Outros direitos sociais do trabalhador

- a) participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei (art. 7º, XI).
- b) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII).

14. De acordo com a Súmula nº 736 do STF: "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores."

- c) jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIV)¹⁵.
- d) assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV).
- e) reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI).
- f) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).
- g) proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI).
- h) proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII).
- i) igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV).
- j) extensão dos seguintes direitos aos trabalhadores domésticos: IV (salário mínimo); VI (irredutibilidade do salário); VIII (13º salário); XV (repouso semanal remunerado); XVII (férias anuais remuneradas); XVIII (licença-gestante); XIX (licença-paternidade); XXI (aviso-prévio) e XXIV (aposentadoria), bem como a sua integração à previdência social.

VI) Direitos coletivos dos trabalhadores

- a) direito de sindicalização (art. 8º). Assim, os trabalhadores têm direito de se organizarem em sindicatos representativos de categorias, cumprindo a estas entidades a defesa dos direitos individuais ou coletivos dos trabalhadores integrantes da categoria respectiva¹⁶.

15. De acordo com a Súmula nº. 675: "Os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de seis horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o efeito do art. 7º, XIV, da Constituição."

16. STF, RE 197.029-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13-12-06, DJ de 16-2-07: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 8º, III, da Constituição e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. A falta de publicação do precedente mencionado não impede o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma

- b) direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (art. 9º).
- c) participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10).
- d) eleição de um representante dos trabalhadores com a finalidade exclusiva de promover o entendimento direto com os empregadores, nas empresas de mais de duzentos empregados (art. 11).

3. DIREITOS SOCIAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Os direitos sociais, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, destinam-se a amparar o indivíduo nas suas necessidades espirituais e materiais mais prementes, objetivando resguardar-lhe um mínimo de *segurança social*, relativamente à saúde, à educação, à previdência, à assistência social, etc., como exigência da própria dignidade da pessoa humana. Por assim dizer, são direitos que têm por propósito garantir um *mínimo necessário a uma existência digna*, traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social. Em razão disso os direitos sociais dependem, em regra, de prestações materiais positivas do Executivo e de providências jurídico-normativas do Legislativo. Mas nem por isso esses direitos deixam de ser imediatamente exercidos.

De acordo com a Constituição, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os *direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*.

3.1. Direito à saúde

O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, *garantido* mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal*

controvérsia, em especial quando o entendimento adotado é confirmado por decisões posteriores. A nova composição do Tribunal não ensejou a mudança da orientação seguida. Agravo improvido." No mesmo sentido: RE 189.264-AgR, RE 208.970-AgR, RE 216.808-AgR, RE 219.816-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18-12-06, DJ de 23-2-07; RE 193.503, RE 193.579, RE 208.983, RE 210.029, RE 211.874, RE 213.111, RE 214.668, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-6-06, Informativo 431. Grifos nossos.

e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor *vida humana*, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde.

A própria Constituição considera de *relevância pública* as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197).

Visando a execução das políticas públicas de saúde, a Constituição instituiu um sistema único de saúde (SUS), que passou a compreender todas as ações e serviços públicos de saúde numa rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade (art. 198). Para desburocratizar e facilitar a gestão local do SUS, a Constituição permitiu que os gestores locais do sistema único de saúde admitam agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação (§ 4º do art. 198, incluído pela EC n. 51/2006). Nesse caso, caberá a Lei federal dispor sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial (§ 5º do art. 198, com redação dada pela EC n. 63/2010).

Nada obstante ser de atribuição do Poder Público, a Constituição facultou a assistência à saúde à iniciativa privada (art. 199), de modo que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo *são*, como por evitar que ele se torne doente¹⁷. Aqui também a Constituição se preocupou em resguardar os recursos públicos necessários à efetivação

17. ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 47.

desse direito fundamental. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 29, de 13.09.2000, acrescentando o § 2º e incisos ao art. 198, determinou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar, anualmente, recursos *mínimos*¹⁸ em ações e serviços públicos de saúde, considerando, outrossim, essa reserva de recursos públicos como um princípio obrigatório a ensejar a intervenção, caso descumprido (art. 34, VII, e).

A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.

Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a atuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o Município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde para a comunidade local, forçando que os munícipes se desloquem para outros Municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar. A providência judicial é simples. Assim, na falta de um posto médico ou unidade hospitalar necessária para a assistência da comunidade local, a decisão poderá consistir na condenação do ente estatal a construí-la e fazê-la funcionar regularmente ou a cobrir os custos de um serviço prestado pela iniciativa privada. Se não adotada nenhuma dessas providências,

18. Esses recursos mínimos serão fixados por lei complementar, conforme prevê o § 3º do mesmo art. 198. Contudo, o art. 77 do ADCT estabeleceu, em caráter provisório, até o exercício financeiro de 2004, os valores correspondentes a esses recursos mínimos. Assim, no caso da União, os recursos serão equivalentes, no ano 2000, ao montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de, no mínimo, cinco por cento; no ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB. No caso dos Estados e do Distrito Federal, esses recursos equivalerão a doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e, finalmente, no caso dos Municípios e do Distrito Federal, serão de quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

resta, lamentavelmente, a indenização dos parentes pela perda irreparável da vida humana, em consequência da falta do serviço público de saúde.

De todo o exposto, os direitos sociais representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. E o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor fundamento, entre tantos outros, para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos concernentes à saúde. Desse modo, é obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, como modo de realização de sua plena felicidade. Ressaltamos que, na Alemanha, onde inexistia previsão constitucional de muitos direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a "garantia do mínimo existencial"¹⁹, defendendo a necessidade de o Estado Social intervir para assegurar a existência vital da pessoa humana. A propósito disso, segundo Heinrich Scholler, a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".²⁰

3.2. Direito à previdência social

O direito à previdência consiste na prerrogativa de o indivíduo se filiar a um regime de previdência social que lhe assegure, mediante pagamento de contribuição à seguridade social, cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

19. A garantia do "mínimo social" – segundo esclarece Andreas J. Krell, op. cit., p. 60 – "é fruto da doutrina alemã do pós-guerra, que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdição do texto constitucional". Anote-se, ademais, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão construiu a teoria do "mínimo social" a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (LF, art. 1º, n. 1) e dos direitos fundamentais clássicos relacionados à vida e à integridade física, interpretados à vista do princípio do Estado Social (LF, art. 20, n. 1), passando a reconhecer uma espécie de "direito fundamental a um mínimo vital".

20. SCHOLLER, "H. Die Störung des Urlaubsgenusses eines empfindsamen Menschen durch einen Behinderten". In: JZ 1980, p. 676, *apud* SARLET, Ingo. op. cit., p. 298.

3.3. Direito à assistência social

O direito à assistência social foi outorgado pela Constituição a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e compreende: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

4. DIREITOS SOCIAIS À EDUCAÇÃO E À CULTURA

4.1. Direito à educação

A Constituição Brasileira também reconhece como direito fundamental social o direito à educação. Com efeito, depois de afirmar que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205), a Carta Magna impõe que esse dever estatal seja efetivado mediante a garantia de educação básica *obrigatória e gratuita* dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I). Desses preceitos constitucionais já podemos observar deslindada a prestação que constitui o objeto desse direito: educação básica *obrigatória e gratuita*. Ademais, há incisiva previsão de que é dever do Estado realizá-lo. Daí percebemos, portanto, perfeitamente delineado, que o direito subjetivo público à prestação estatal consiste na educação básica *obrigatória e gratuita*.²¹

Assim, não temos a mínima dúvida de que, caso não cumprido o dever constitucional, pode o titular do direito (um menor, obviamente representado por seu representante legal) valer-se de ação judicial competente para compelir o Estado a proporcionar-lhe o desfrute daquele bem fundamental, que é gozar da educação primária gratuita, em face da inequívoca inconstitucionalidade por omissão. Também pode – e nesse caso até deve – o Ministério Público, dado o interesse coletivo aí envolvido, propor ação civil pública, logo após constatar, em inquérito civil, o descumprimento estatal do dever de assegurar o ensino fundamental gratuito. A decisão judicial, nesse autêntico e legítimo controle da omissão do poder público, consistirá

21. Nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 307 e BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 147-148.

numa obrigação de fazer, que pode assumir a natureza de: a) determinação de construção e funcionamento de uma escola; b) condenação do Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente no lugar, ou c) condenação do Estado a indenizar o menor pela omissão ilícita²².

A primeira providência (a) é a que mais se aproxima da vontade constitucional. Todavia, embora juridicamente possível, essa medida judicial pode encontrar obstáculos de ordem econômica, impostos pela falácia do limite fático da reserva do possível. Permitimo-nos defender, porém, que esse óbice pode ser tranquilamente afastado, pelo reconhecimento da possibilidade do Judiciário de condenar o Estado a inserir no orçamento do exercício seguinte, a previsão da despesa necessária ao cumprimento da sentença que lhe impôs a obrigação de construir e fazer funcionar adequadamente uma escola pública. E nem se diga que o Estado estaria materialmente impossibilitado, haja vista a assunção de outros compromissos financeiros, como os decorrentes do serviço da dívida, fomentos, de política monetária, planos econômicos, etc. Se, de fato, esses compromissos existirem, é o caso de desfazê-los, por imperativo constitucional, devendo o Estado remanejar os seus recursos disponíveis para atender a determinação judicial, que nada mais faz senão garantir a vontade da Constituição, assegurando a plena eficácia de uma norma constitucional definidora de direito fundamental. Cuida-se, em última análise, da vontade da Constituição, que só será satisfeita quando todos os direitos fundamentais que confere forem desfrutados e essa vontade, obviamente, não pode ser aviltada.

E não se trata – ouçamos esta crítica pertinente – de conferir certo caráter messiânico à Constituição, mas simplesmente de levá-la a sério²³. E para aqueles que sustentam cair a Constituição na utopia, sempre se poderá replicar com Pablo Lucas Verdú para quem “todas as realidades de hoje foram utopias de ontem”. Uma Constituição “justa”, preocupada com os direitos humanos, notadamente com os direitos sociais, pré-ordenada a erradicar a pobreza e as diferenças sociais e regionais, pode ser utópica, mas quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas sim o fato de não deixar de o ser²⁴.

22. Nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 147-148, com o importante apoio de SARLET, Ingo. op. cit., p. 308.

23. KRELL, Andreas J. op. cit., p. 53.

24. CABRAL, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 218-219, apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, p. 103.

Assim, não podemos entrelaçar a efetividade dos direitos fundamentais com as questões relacionadas às políticas ou planos econômicos, até porque, insistimos, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170). E isso só será possível com a realização efetiva dos direitos sociais. Portanto, devemos considerar, no domínio de uma dogmática constitucional renovadora, que a realização e eficácia de qualquer medida ou plano econômico depende da realização e efetivação dos direitos fundamentais. De conseguinte, os direitos fundamentais devem servir, outrossim, de parâmetro para a elaboração de políticas públicas ou planos econômicos, o que conduz, inevitavelmente, à idéia de que a constitucionalidade dos orçamentos públicos depende da circunstância fundamental de se assegurarem os recursos financeiros necessários para a implementação das prestações materiais, que constituem o objeto dos direitos sociais. São inconstitucionais – portanto, suscetíveis de controle judicial – as medidas de política econômica que retraiam a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais²⁵. Consequentemente, são também inconstitucionais – passíveis igualmente de controle judicial – as omissões do poder público, consistentes em não disponibilizar os recursos financeiros necessários a garantir o gozo dos direitos sociais²⁶.

Relativamente ao direito social à educação, a própria Constituição cuidou de assegurar a disponibilidade de recursos suficientes para o Estado cumprir o seu dever constitucional de garanti-lo. Assim dizendo, para garantir os recursos necessários, a Constituição de 1988 impôs expressamente a aplicação *mínima* das receitas públicas na manutenção e desenvolvimento do ensino, considerando essa obrigação como um princípio (um dos chamados princípios constitucionais sensíveis) a ser observado pelo Estado, sob pena até de sofrer intervenção (art. 34, VII, e). Assim, determinou a *Lex Fundamental*, que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nunca menos de vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212). Ademais disso, a Constituição previu que o ensino fundamental público terá como *fonte adicional de financiamento* a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas (art. 212, § 5º). Note-se, ainda, que por imperativo

25. Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 251: “É inconstitucional a eleição de um caminho econômico que atente diretamente contra o objetivo de realizar a Justiça Social ou que agride qualquer dos itens do art. 160”. Esclarecemos, apenas, que o autor se reporta ao art. 160 da CF/69, que fixava os princípios da ordem econômica e social.

26. Conferir o nosso *Controle Judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

constitucional a distribuição dos recursos públicos priorizará o atendimento das necessidades decorrentes do ensino obrigatório (art. 212, § 3º). Com este quadro, são completamente descabidos os argumentos opostos (relativos à reserva do possível e à falta de competência do Poder Judiciário para decidir sobre a matéria) à efetivação judicial do direito fundamental à educação²⁷.

A segunda medida (b), entretanto, teria a virtude da celeridade e utilidade, já que o juiz pode até antecipar os efeitos da tutela pretendida, assegurando desde logo o estudo do menor em escola particular, às expensas do Estado. Nesse particular, cumpre lembrar que a própria Constituição determina que os recursos públicos a serem disponibilizados à educação sejam destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade (art. 213, § 2º).

A terceira consequência (c) não satisfaz o desígnio constitucional, embora se manifeste como um paliativo, para o caso de absoluta impossibilidade – que não cremos – da adoção das duas providências anteriores. Essa medida é insatisfatória, porque não tem a capacidade de substituir adequadamente²⁸ a falta de estudo, embora possibilite ao titular do direito exercê-lo em um momento ulterior, custeando, com o valor que recebeu da indenização, os seus estudos em escola particular.

Mas o direito à educação não se restringe ao ensino fundamental. Alcança, outrossim, o ensino superior. Com efeito, não teria sentido a Constituição reconhecer, como direito fundamental de defesa, a liberdade de ação ou opção profissional (art. 5º, XIII²⁹), se não garantisse o direito de acesso ao ensino universitário. Decerto – e ninguém duvida – que o direito à educação superior destina-se a garantir o pleno exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de tal sorte que, em razão do reconhecimento explícito do direito fundamental à liberdade de profissão, impõe-se reconhecer o direito fundamental originário a prestações relativamente ao ensino superior. Nesse sentido, cumpre fazer menção à célebre decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que, sob o entendimento de que a liberdade fundamen-

tal de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito fundamental destina-se também ao livre acesso às instituições de ensino³⁰. Enfim, a garantia de liberdade de escolha profissional garante um direito de acesso ao ensino superior. Ou, noutro sentido, o direito ao ensino superior é pressuposto do direito fundamental de liberdade de escolha profissional, de modo que, sem aquele, este não pode desenvolver-se. Cuida-se, em última análise, da tese do reconhecimento de direitos a prestações implícitos, desenvolvida na doutrina alemã. Canotilho, embora negando a existência de um direito subjetivo definitivo nessa seara, também defende, com base na doutrina germânica, a existência de um direito fundamental de acesso ao ensino universitário, como decorrência do direito fundamental de liberdade de escolha da profissão³¹.

Ainda com relação a esse direito fundamental à educação, releva fazer uma referência. Às vezes, deparamo-nos com certas situações que se identificam com a falta do próprio direito em questão. Isso ocorre, por exemplo, quando, a despeito de haver escolas ou universidades públicas, encontram-se as mesmas desativadas ou em péssimo funcionamento por falta de professores. Vale dizer, o Estado não realizou concurso público para nomeação de professores em número suficiente para atender a demanda de alunos, de tal modo que, na ausência dos mestres, o titular do direito não tem como usufruí-lo. A essa hipótese também se aplicam as considerações acima apontadas, com a única diferença respeitante à natureza da decisão judicial, que consistirá, como primeira providência cabível, na determinação de realização de concurso público para a seleção de professores. Ora, sem o professor, não haverá como satisfazer o direito fundamental à educação. Dizemos o mesmo em relação à falta de vagas nas escolas públicas e de material necessário à qualidade de ensino.

Enfim, não há negar esse raciocínio à luz do texto constitucional em vigor. Para além disso, não bastasse a clareza dos arts. 205 e 208, I, a Carta magna ainda dispôs, expressamente, que o “*acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*” (art. 208, § 1º)³², além do fato de que o “*não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente*” (art. 208, § 2º).

27. Também nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 307-308.

28. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 148.

29. CF/88, art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

30. BVerfGE 33, 303 (330 e ss), apud SARLET, WOLFGANG, Ingo. op. cit., p. 313.

31. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, p. 37 e ss.

32. Efetivamente, essa disposição constitucional é de todo desnecessária, ante à consideração – tantas vezes proclamada neste trabalho – de que todos os direitos fundamentais são direitos subjetivos.

4.2. Direito à cultura

Os direitos culturais estão relacionados ao acesso às fontes da cultura nacional e à difusão das manifestações culturais. De acordo com a Constituição, o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso àquelas fontes de cultura, além de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215).

Como forma de assegurar os direitos culturais, deve o Estado, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. Mas a própria Constituição se antecipou e considerou tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

O Estado, outrossim, deve proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216).

Por fim, cumpre anotar que a Constituição determinou que a lei estabeleça o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; e valorização da diversidade étnica e regional.

5. DIREITO SOCIAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido pela Constituição Federal em capítulo situado no título da ordem social, é um direito fundamental, na categoria direito social, qualificado pela doutrina como direito de terceira geração. Nem por isso se lhe negue caráter, também, individual. Cuida-se, pois, de um direito simultaneamente considerado

social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social, por isso mesmo considerado *transindividual*.

Com efeito, o princípio da defesa do meio ambiente, previsto no art. 170 da Carta Magna, surge no art. 225 como direito fundamental. De princípio conformador da ordem econômica, tem seu conteúdo ampliado, quando se reconhece que, além de um fator da produção, é a proteção do meio ambiente uma condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social. Assim, inobstante não inserido no título II da Constituição Federal, deve-se considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225, é, sem sombra de dúvida, um direito fundamental, porque é uma prerrogativa individual, cuja realização envolve uma série de atividades públicas e privadas, produzindo não só a sua consolidação no mundo da vida como trazendo, em decorrência disto, uma melhoria das condições de desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como uma ordem social livre.

Ademais, é importante, a esse respeito, lembrar as festejadas palavras de Alexandre Kiss, proferidas em conferência sobre Direito Ambiental realizada na Argentina, em julho de 1991:

“O direito do ambiente engloba todos os demais direitos garantidos aos seres humanos no que concerne à igualdade entre as pessoas. As desigualdades entre os seres humanos de diferentes condições sociais são sempre agudizadas pela problemática ambiental. A renda e facilidades materiais dos mais afortunados permitem-lhe fugir das áreas poluídas dos distritos pobres, assim como das áreas urbanas ambientalmente degradadas e crescer em ambientes sociais e ecologicamente balanceados, enquanto os necessitados não têm essa opção. A exigência de um ambiente sadio e equilibrado é, ao mesmo tempo, uma maneira de realçar os demais direitos fundamentais dos seres humanos, direitos cuja salvaguarda é reconhecida como do interesse comum da humanidade”.³³

Como direito fundamental, o direito ambiental qualifica qualquer do povo com a faculdade de voltar-se contra o poder público omissivo ou contra o próprio poluidor para constrangê-los a respeitar esse seu direito, como, *v. g.*, através da atuação em juízo. Faculta-se, também, de participar das decisões administrativas, seja em discussões durante audiências públicas, como fazendo valer seu direito de representação e o de informação sobre os atos administrativos. Por outro lado, a esse direito corresponde o dever do poder público de atuar, no âmbito de sua competência legislativa ou executiva, com o fim de criar as condições necessárias para a efetivação daquele direito.

33. KISS, Alexandre. *A Constitucionalização do Tema Ambiental*.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo o exemplo das Constituições da Bulgária (1971), Iugoslávia (1974), Grécia (1975), Portugal (1976), Polónia (1976), Cuba (1976), União Soviética (1977), Espanha (1978), Chile (1981) e China (1982), consagrou, pela primeira vez, uma disciplina específica para o meio ambiente, podendo-se dizer, como o faz José Afonso da Silva, “que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista”³⁴. Deveras, ela dedicou ao meio ambiente um longo artigo – o 225 – inserto no título que cuida da Ordem Social.

6. DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE, DO JOVEM E DO IDOSO

Em consonância com a Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Para cumprir a sua obrigação nessa área, deve o Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais.

Com a Constituição de 1988, a criança, o adolescente e o jovem passaram a gozar de absoluta prioridade no exercício dos direitos fundamentais, além de beneficiados com o direito à proteção especial. A proteção especial destinada à criança, ao adolescente e ao jovem abrangerá, entre outros, os seguintes aspectos: idade mínima de dezesesseis anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

34. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, op. cit., p. 26.

Em face da *proteção especial*, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), que substituiu o antigo modelo da “situação irregular” pelo da “proteção integral”, no qual as crianças, os adolescentes e os jovens são vistos como titulares de direitos e deveres.

Também como medida de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, a Constituição considerou penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos, porém, às normas da legislação especial (art. 228), que, na hipótese, estão consignadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90).

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A EC n. 65/2010 modificou o art. 227 da Constituição, com o propósito de também cuidar dos interesses da juventude. Essa emenda, entre outras providências, determinou ao legislador estabelecer o *estatuto da juventude*, destinado a regular os direitos dos jovens; e o *plano nacional de juventude*, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229).

Relativamente ao idoso, a Constituição também lhe conferiu um tratamento diferenciado e prioritário, em razão de sua especial vulnerabilidade. Em conformidade com a Constituição, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar o idoso, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida (art. 230).

Com o fim de assegurar esse tratamento especial ao idoso, foi elaborado o *Estatuto do Idoso* (Lei n. 10.741/2003) que estabeleceu um sistema de proteção de *absoluta prioridade*, na qual estão compreendidos: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações

de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda (Lei 10.741/2003, art. 3º, parágrafo único).

O Estatuto adotou o *critério cronológico* ou *etário*, considerando idoso toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (Lei 10.741/2003, art. 1º).

Ademais, a Constituição assegurou aos maiores de 65 anos a *gratuidade dos transportes coletivos urbanos* (CF, art. 230, § 2º). Esta norma, como já decidiu o STF, goza de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*³⁵.

Estatuto do Idoso repetiu a norma constitucional em tela, para assegurar a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos (exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares), bastando, para esse fim, que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. Ademais, determinou que nesses veículos de transporte coletivo fossem reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos (Lei 10.741/2003, art. 39 §§ 1º e 2º).

7. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais *depende* da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos³⁶.

35. "Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. O art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-9-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007).

36. KRELL, Andreas J. op. cit., p. 52.

Canotilho³⁷ chama esse limite de *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão) para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos. A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais.

Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível "transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos".³⁸ É condição primeira para qualquer estudo dos fenômenos jurídicos no âmbito do direito comparado, o prévio conhecimento do direito estrangeiro à vista do meio social e político em que ele se aplica, o que exige, conseqüentemente, uma compreensão primária da história política e social daquele país. Há casos em que, não raro, os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzem efeitos jurídicos distintos, quando utilizados em domínios político-sociais diferentes, como o alemão e o brasileiro, por exemplo. A propósito, é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento ou *periférico*, teorias jurídicas hauridas de países desenvolvidos ou *centrais*. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro.

A chamada *reserva do possível* foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam³⁹. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países *centrais*, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado

37. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 448.

38. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*, p. 66.

39. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 241.

um país *periférico*, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da *luta pelo direito*⁴⁰ entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.

Para além disso e certamente como reflexo desse conjunto de necessidades básicas dos brasileiros, a Constituição de 1988 é essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Eis aí porque “as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações”.⁴¹

40. IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*, p. 01: “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir”.

41. KRELL, Andreas J., op. cit., p. 107. Esse autor alemão, de quem nutro admiração e amizade, extremamente conhecedor da realidade do Estado Brasileiro, onde vive desde 1993, é preciso quando, em tom de escoreta crítica, enfatiza que “vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem”. Em seguida, alerta o autor para um fato extraordinariamente importante: “Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem, etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)” (p. 108-109).

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero⁴², o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem-Estar Social. A inaplicabilidade do limite da reserva do possível ainda é mais patente se for considerado mais de perto o caso brasileiro, pois paradoxalmente o Brasil é um país que se encontra entre os dez países com a maior economia do mundo, muito embora dados do IBGE mostrem que, em 1998, aproximados 14% (21 milhões) da população brasileira são famílias com renda inferior à linha de *indigência* e 33% (50 milhões) à linha de *pobreza*. A maioria desse grupo, que representa hoje mais de 70 milhões de pessoas, não dispõe de um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, educação, assistência social e vive, enfim, em condições indignas e subumanas, sem alimentação, sem moradia, sem higiene⁴³ e, o que é pior, sem a mínima perspectiva de melhoria.

42. *Ibidem*, p. 54.

43. *Ibidem*, p. 17.

Deveras, trasladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vêm robustecer a flagrante contradição entre a pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, garantidores de padrões mínimos de existência para a maioria da população⁴⁴. Assim, as discussões travadas nos chamados países centrais sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações, e a contenção dos respectivos direitos subjetivos a prestações não podem, em absoluto, ser carreadas para a realidade brasileira, onde o Estado Providência ainda não foi efetivamente implantado⁴⁵.

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”⁴⁶.

Queremos expressar, com isso, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do *padrão mínimo* para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário

44. Ibidem, p. 18.

45. Ibidem, p. 54.

46. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 299.

está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão constitucional – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)”⁴⁷, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos *deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais*, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário⁴⁸.

Ainda asseverando que esse padrão mínimo – que deve ser inquestionavelmente assegurado –, também apresenta consideráveis efeitos financeiros, a repercutir, conseqüentemente, na competência orçamentária, é importante não perder de vistas, como lembra ALEXY, que a reserva de competência orçamentária do legislador não é um princípio absoluto, na medida em que os direitos fundamentais podem ter mais peso e relevância que razões de ordem político-financeira⁴⁹. Até em tempos de crise econômica, cuja flexibilidade econômica é necessária, não de ser garantidos esses direitos sociais mínimos. Segundo Alexy, justamente em tempos de crise parece indispensável uma proteção dos direitos sociais, por mais mínima que ela seja⁵⁰.

47. KRELL, Andreas J. op. cit., p. 109.

48. HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*, p. 56-57.

49. ALEXY, Robert. op. cit., p. 495. Segundo esse autor, “También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera”. Apontando para esse sentido, o autor cita decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que “en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento (...). Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para este y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos”.

50. Op. cit., p. 496. Assim, segundo Alexy, “El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco de distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección jufundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea”.

Cumpra-nos esclarecer, ademais, que não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele está, de certa forma, interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial.

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.

Paradigmática, a esse respeito, recente decisão monocrática do em. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 45. Inicialmente, reconheceu o Ministro Celso de Mello a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, quando quedarem-se inertes os órgãos de direção política (do Legislativo e do Executivo), que deixam de cumprir os seus deveres constitucionais de implementação daqueles direitos. Com efeito, acentuou o ilustre Ministro:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”

E complementa, mais adiante, o Ministro:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

Nessa importante decisão, o Ministro Celso de Mello enfrentou, com maestria, o tema referente à “reserva do possível”, para considerar que o Estado não pode invocá-la “com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. Confira-se:

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

A doutrina⁵¹ e a jurisprudência⁵² dos nossos tribunais começam a se mostrar sensíveis à necessidade de *efetivação* dos direitos sociais, admitindo a possibilidade de intervenção judicial para o gozo desses direitos.

Anote-se, ademais, que o Estado é, indiscutivelmente, uma estrutura ordenada com vistas a *servir* a coletividade e *prover* a pessoa humana das *condições materiais mínimas de existência*. A Constituição brasileira de 1988, nesse particular, é nitidamente confessa quando alçou o homem à condição

51. Conferir, por todos, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004; MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
52. Vide, a propósito, STF, RE-Agr 393175/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02.02.2007, pg. 140: "PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso sob intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes". Conferir, também,

de fim, e o Estado de meio necessário a garantir a felicidade humana e o bem-estar de todos. Por isso mesmo que, no art. 3º de seu texto, ela fixou como objetivo fundamental do Estado, entre outros, construir uma sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, elegendo os direitos fundamentais - a partir da perspectiva de que a dignidade da pessoa humana é fundamento nuclear da organização estatal - como o *centro* do sistema político e jurídico e o *alvo prioritário* dos gastos públicos e previsões orçamentárias. Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade.

decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a obrigação do respectivo Estado de implantar, independentemente de prévia dotação orçamentária e à vista do art. 227 da Constituição Federal, programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, reconhecendo, portanto, a possibilidade de controle judicial dessa omissão estatal: Ap. 596.017, 7ª Câmara, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 12.03.1997. In: *Revista dos Tribunais*, nº 743, p. 132: "A Constituição Federal, em seu artigo 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional".

DO DIREITO DE NACIONALIDADE

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Conceito de nacionalidade – 3. Espécies de nacionalidade – 4. Modos de aquisição da nacionalidade – 5. O polipátrida e o apátrida (*heimatlos*) – 6. Os brasileiros na Constituição Federal de 1988: 6.1. Os brasileiros natos; 6.2. Os brasileiros naturalizados – 7. Distinção entre brasileiros natos e naturalizados – 8. Perda da nacionalidade brasileira – 9. Reaquisição da nacionalidade brasileira – 10. A situação dos portugueses com residência permanente no Brasil.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito de nacionalidade pode ser conceituado como um direito fundamental de aderir à nacionalidade de um determinado Estado e pertencer ao seu quadro de nacionais, integrando o conceito de povo deste Estado e titularizando as prerrogativas inerentes a essa nova condição.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, todo homem tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade (Artigo 15).

2. CONCEITO DE NACIONALIDADE

Nacionalidade é liame ou vínculo de natureza jurídico-política que, por *nascimento* ou *naturalização*, associa um indivíduo a um determinado Estado, que passa, em consequência, a integrar o povo deste Estado, habilitando-o a usufruir de todas as prerrogativas e privilégios concernentes a condição de nacional.

Com a nacionalidade, o indivíduo passa a pertencer à dimensão ou ao elemento pessoal do Estado, compondo o povo deste Estado. Não é correto confundir povo com população. População é conceito amplo e abrangente de todas as pessoas, nacionais ou estrangeiros, que se encontram no Estado. Povo é elemento constitutivo do Estado compreendendo apenas os nacionais deste Estado. Se assim é, a nacionalidade prende o indivíduo ao Estado, situando-o, jurídico e politicamente, como integrante da noção de povo deste Estado.

Não se confunde, outrossim, nacional com cidadão. Nacional, já se disse, é indivíduo que compõe o povo de um Estado, por nascimento ou naturalização. Cidadão é nacional no gozo de direitos políticos; isto é, é nacional alistado na justiça eleitoral, apto a gozar do direito de votar e ser votado. Assim, nem todo nacional é cidadão; mas todo cidadão é nacional.

3. ESPÉCIES DE NACIONALIDADE

Como fixado no conceito acima, nacionalidade é vínculo que une um indivíduo a um Estado, por nascimento ou por naturalização. Assim, duas são as espécies de nacionalidade: (1) a nacionalidade originária ou primária; e (2) a nacionalidade secundária ou adquirida.

A *nacionalidade originária ou primária* é aquela que resulta de um fato involuntário ou natural, que é o *nascimento*. Cuida-se da nacionalidade atribuída unilateralmente pelo Estado, independentemente da vontade do indivíduo, segundo critérios soberanamente estabelecidos.

A *nacionalidade secundária ou adquirida* é aquela que decorre de um acontecimento voluntário, mediante a manifestação de vontade do interessado, por meio de um processo de naturalização, e a concordância do Estado, que dispõe de total soberania para decidir. Ou seja, depende de um concurso de vontades, entre o interessado e o Estado.

4. MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

Como se viu acima, a nacionalidade originária resulta do fato natural concernente ao nascimento. Esse fato, todavia, deve se relacionar com algum ou alguns critérios que o Estado soberanamente estabelece para definir os seus nacionais originários.

De um modo geral, dois são esses critérios: (a) o critério territorial ou *ius solis*, em face do qual se define a nacionalidade pelo *local do nascimento* e (b) o critério sanguíneo ou *ius sanguinis*, em virtude do qual se fixa a nacionalidade pelo vínculo de sangue ou *descendência*, considerando-se nacional o descendente de nacional.

Os Estados variam na adoção desses critérios. Em regra, os Estados europeus, por serem de emigração, adotam o critério sanguíneo ou *ius sanguinis*, tendo em vista que em qualquer lugar do mundo, os filhos de seus nacionais também serão nacionais; enquanto os Estados americanos, por serem de imigração, acolhem o critério territorial ou *ius solis*, com o que os descendentes dos imigrantes passam a integrar a sua nacionalidade. Mas isso não é absoluto, pois os Estados podem mesclar esses critérios ou adotar critérios acessórios.

De referência à nacionalidade secundária, cumpre lembrar que ela decorre do concurso de vontades entre o interessado que deduz o seu pedido perante determinado Estado, que o examinará e decidirá a respeito, em consonância com as regras que fixou.

5. O POLIPÁTRIDA E O APÁTRIDA (*HEIMATLOS*)

Em razão da divergência de critérios adotados entre Países distintos – ou o critério territorial ou o critério sanguíneo – é possível se identificar situações em que um indivíduo reunirá mais de uma nacionalidade (são os *polipátridas*) ou em que não terá nenhuma (são os *apátridas*, também chamados de *heimatlos*).

Isso pode acontecer quando um casal de nacionalidade de um País que adota o critério sanguíneo passa a residir em País que acolhe o critério territorial, nele tendo um filho. Nessa situação, o filho terá a nacionalidade de seus pais e, simultaneamente, a nacionalidade do País onde nasceu. Ele é um *polipátrida*, com duas nacionalidades, surgindo daí um *conflito positivo de nacionalidades*, porque dois ou mais Países reconhecem a mesma pessoa como seu nacional. Decerto, isso não causará qualquer transtorno para ele, muito pelo contrário, só irá beneficiá-lo¹.

Porém, pode ocorrer o inverso. Um casal de nacionalidade de um País que adota o critério territorial passa a residir em País que acolhe o critério sanguíneo, nele tendo um filho. Já nessa situação, o filho não terá qualquer nacionalidade, pois não nasceu no Estado natal de seus pais (que adota, lembre-se, o critério territorial), mas sim em Estado estrangeiro que utiliza o critério sanguíneo, mas de cuja nacionalidade os seus pais não pertence. Ele é um *apátrida*, sem qualquer nacionalidade, resultando daí um *conflito negativo de nacionalidade*. Sem dúvida que essa situação, ao contrário da outra, poderá trazer sérios prejuízos para ele. A Constituição brasileira de 1988 tenta resolver esse problema, prevendo que, em hipótese semelhante ao exemplo dado, se o filho de brasileiro nascido no estrangeiro for registrado em repartição brasileira competente (consulados, por exemplo) ou vier a residir na República Federativa do Brasil e opte, em qualquer tempo,

1. É o que ocorre, por exemplo, se um brasileiro nato tem outra nacionalidade e é alvo de um pedido de extradição formulado por seu outro Estado natal, em razão de crime cometido neste país. Segundo a Constituição brasileira, o brasileiro nato não pode ser extraditado (art. 5º, LI), de modo que, como também é brasileiro nato, ele não pode ser extraditado. A propósito, é interessante a decisão do STF, no HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-03, DJ de 29-8-03, que se deparou com idêntica questão. Eis um trecho da decisão: "Impende reconhecer, no caso em exame, que se registra, quanto à ora paciente, um típico conflito positivo de nacionalidade, pois (...), além de 'detentora da nacionalidade portuguesa' (fls. 3), ostenta, por igual, a condição de brasileira nata (fls. 9), pois nascida em território brasileiro (critério constitucional do *ius soli*), embora de país estrangeiros que não se achavam, então, a serviço do seu país (art. 12, I, "a"). (...) Impõe-se acentuar que o conflito positivo de nacionalidades em questão (...), assume irrecusável relevância jurídica no exame da causa, pois, consoante anteriormente assinalado, o ordenamento positivo brasileiro, desde a Constituição Federal de 1934, atribui ao brasileiro nato (...) imunidade absoluta em face de pedidos extradicionais formulados por Estados estrangeiros".

depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira, será brasileiro nato (art. 12, I, c, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 20.09.2007).

6. OS BRASILEIROS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As Constituições brasileiras sempre dispuseram sobre normas atinentes à nacionalidade. Isso está correto, pois o direito de nacionalidade, como visto acima, é um direito fundamental que exige, em consequência, um tratamento constitucional, revelando-se como matéria tipicamente constitucional.

A Constituição de 1988 define quem são os *brasileiros natos* e os *brasileiros naturalizados*. Os brasileiros natos são os titulares da nacionalidade originária ou primária; e os brasileiros naturalizados são os de nacionalidade secundária ou adquirida. Assim, no art. 12, inciso I, indica os brasileiros natos; e no inciso II, indica os brasileiros naturalizados.

Anote-se, desde logo, que em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as hipóteses de outorga da nacionalidade brasileira, quer se trate de nacionalidade primária ou originária (da qual emana a condição de brasileiro nato), quer se cuide de nacionalidade secundária ou derivada (da qual resulta o *status* de brasileiro naturalizado), decorrem, exclusivamente, do texto constitucional, pois a questão da nacionalidade traduz matéria que se sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado brasileiro (HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-03, DJ de 29-8-03).

6.1. Os brasileiros natos

Como se verá, a Constituição adotou, *como regra*, o *critério territorial* para definir os seus nacionais originários, o que importa afirmar que são brasileiros natos os nascidos no Brasil. Entretanto, excepcionalmente afastou essa regra, para acolher o critério sangüíneo associado a outros elementos.

No art. 12, I, a Constituição define como brasileiros natos os seguintes: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; e c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 20.09.2007).

- a) *os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país.*

Adotou-se aqui a *regra do critério territorial*, de modo que são brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros. A Constituição só exclui da condição de brasileiro os nascidos no Brasil, filhos de pais estrangeiros quando estes estão a serviço de seu País (como, por exemplo, filho de alemão ou alemã, estando um *ou* outro a serviço da Alemanha; se porventura estiver a serviço de outro País, que não seja o dele, não incide a norma de exclusão, hipótese em que o filho será brasileiro).

Para efeito da definição da nacionalidade em tela, deve-se entender como a *dimensão espacial* da República Federativa do Brasil: a) as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, o mar territorial (faixa de doze milhas marítima de largura) e o espaço aéreo correspondente; b) os navios e aeronaves públicos ou de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; c) os navios mercantes brasileiros em alto mar ou de passagem em mar estrangeiro; e d) as aeronaves civis brasileiras em vôo sobre o alto mar ou de passagem sobre as águas ou espaços aéreos estrangeiros.

- b) *os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil.*

Já aqui a Constituição se afasta do critério territorial, para acolher o critério sangüíneo associado ao fator funcional, pois só serão brasileiros natos, os nascidos no estrangeiro, quando: 1) filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira (critério sangüíneo); e 2) o pai brasileiro ou a mãe brasileira, ou ambos os pais brasileiros, sejam eles natos ou naturalizados (o que importa é que sejam brasileiros, bastando um deles), estejam a serviço da República Federativa do Brasil (critério funcional).

Importa saber quem está a *serviço* da República Federativa do Brasil. Só os agentes públicos vinculados à administração *direta* da União? Ou também os vinculados à administração *indireta* da União (ou seja, vinculados a uma de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista)? E os vinculados à administração direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios também estariam a serviço da República Federativa do Brasil?

Tendo em vista que a matéria acerca da nacionalidade envolve direito fundamental, situação que faz emergir a necessidade de interpretá-la à luz do princípio da *máxima efetividade*, entendemos que a melhor interpretação é aquela que se inclina para abranger todas as entidades políticas componentes da Federação, no âmbito de suas administrações direta e indireta.

Corroborar esse entendimento o art. 18 da Constituição Federal, segundo o qual *a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição*. O que significa dizer que a República Federativa do Brasil não se resume à União ou ao governo federal, pois *compreende* também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com as suas respectivas organizações administrativas, que, nos termos do *caput* do art. 37, envolvem a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes.

Assim, estarão a serviço da República Federativa do Brasil no estrangeiro, todos aqueles agentes públicos que lá desempenhem uma função ou serviço público, qualquer que seja a sua natureza (diplomático, consular, administrativo, etc), para a administração direta (ou centralizada) ou para a administração indireta (ou descentralizada, envolvendo as autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

- c) *os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira* (redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 20.09.2007).

Cumpra esclarecer que a alínea em comento foi alterada pela EC nº 54, promulgada em 20.09.2007 e publicada no DOU em 21.09.2007. A citada emenda deu *nova redação* à alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescentou o art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro*. Na redação anterior, que foi objeto de nossos comentários na 1ª edição deste *Curso*, constava a seguinte hipótese de brasileiro nato: “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira”².

2. De observar-se que esta redação (a anterior da EC 54) foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03, de 07 de junho de 1994, que *suprimiu* do texto original da alínea “c” em exame a possibilidade de filho de brasileiro nascido no estrangeiro vir a ser registrado em repartição brasileira competente no exterior para fins de aquisição de nacionalidade primária. O que significa dizer que na versão original da Constituição, a redação da letra “c” do inciso I, do art. 12 era a seguinte: “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira”.

Percebe-se, de logo, pela comparação entre as duas redações (a anterior e a posterior à EC 54), que a previsão *atual* (a partir da EC 54) é consideravelmente mais favorável ao brasileiro. Isso porque, pelo texto passado, a aquisição da nacionalidade originária por quem nasceu no estrangeiro e filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, dependia *necessariamente* da *residência* no Brasil e da *opção* pela nacionalidade perante a Justiça Federal. Isto é, os filhos de brasileiros nascidos no exterior tinham que retornar ao Brasil, fixar residência e fazer a opção por meio de um processo judicial aberto na Justiça Federal.

Na redação atual (a partir da EC 54), a aquisição da nacionalidade originária, na situação indicada, pode ocorrer com o simples registro em repartição brasileira competente no exterior (os *Consulados* ou as *seções consulares nas Embaixadas*), sem a necessidade de o filho de brasileiro ou de brasileira vir residir no Brasil e proceder à opção.

Ademais disso, a EC 54 inseriu o art. 95 ao ADCT³ para *assegurar* aos nascidos no estrangeiro entre a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão 3/94 (07 de junho de 1994), e a data de promulgação da EC 54 (20 de setembro de 2007), filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, o *registro em repartição consular ou diplomática brasileira competente*, sem a necessidade de residirem no Brasil, ou, se vierem a residir no Brasil, o *registro em ofício competente para registro de nascimento no Brasil*. Assim, se os filhos de brasileiros nascidos nesse período vierem a residir no Brasil, poderão fazer o registro nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem a necessidade de formalizarem a opção perante a Justiça Federal; ou, se pretenderem permanecer no exterior, poderão fazer o registro em repartição consular ou diplomática brasileira competente.

Em suma, com a EC 54 temos *duas* situações absolutamente distintas, de modo que são brasileiros natos, na forma da letra “c”: 1) *os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente no exterior* (repartições consulares ou diplomáticas); ou 2) *os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira*.

3. Eis a redação: “Art. 95. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.”

Nas duas situações, a Constituição também excepcionou a regra do critério territorial, para aplicar o *critério sanguíneo* em conjunto com os elementos *registro consular* (1ª situação) ou *residência e opção* (2ª situação).

Assim, são brasileiros natos os nascidos no estrangeiro: 1) filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira (*critério sanguíneo*); 2) que sejam registrados em repartição brasileira competente no exterior (*critério atinente ao registro consular*); ou 3) que venham residir no Brasil (*critério residencial*) e façam a opção pela nacionalidade brasileira (*critério concernente à opção*).

Com o advento da EC 54, reitera-se, não é mais necessário que os filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro venham residir no Brasil. Basta, no próprio lugar onde moram no exterior, proceder ao registro em repartição consular ou diplomática brasileira. E a certidão extraída dos registros consulares constitui o próprio título de nacionalidade, pois o registro de nascimento lavrado por agente consular competente no exterior possui o mesmo valor jurídico e força dos registros realizados no Brasil pelos Oficiais do Registro Civil de Pessoas Naturais. O registro consular, inegavelmente, visa evitar que filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro se tornem *heimatlos* (apátridas), situação inaceitável ante a previsão da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que proclama que todos têm direito a uma nacionalidade (art. XV, 1).

Porém, como visto acima, remanesce a possibilidade de os filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro, para adquirirem a nacionalidade originária brasileira, virem residir a qualquer tempo no Brasil, se assim desejarem. Advirta-se que, com a Emenda Constitucional de Revisão nº 03/94, deixou de ser exigida a fixação da residência antes da maioridade. Desde aquela revisão, a residência pode ocorrer a qualquer tempo, antes ou depois da maioridade.

Mas não basta a residência no Brasil. Impõe-se, também, a opção, que só pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade, como agora está explícito no texto da alínea "c". Isso porque a opção, por decorrer da vontade, tem *caráter personalíssimo*. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade (18 anos) e que não pode ser suprida por seus pais.

Em razão disso, relativamente à aquisição da nacionalidade brasileira motivada pela fixação da residência no Brasil, é possível surgirem duas hipóteses que se apresentam diferentes: 1) o nascido no estrangeiro, filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, que vem morar no Brasil antes da maioridade; e 2) o nascido no estrangeiro, filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, que vem morar no Brasil depois de atingir a maioridade.

Na primeira hipótese, como ele não pode fazer a opção, que é *personalíssima*, vindo a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato para todos os efeitos, sujeita essa nacionalidade, porém, a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em *condição suspensiva* da nacionalidade brasileira. Nesse caso, a opção terá a natureza meramente *confirmativa*⁴, haja vista que a nacionalidade originária já foi adquirida no momento da fixação da residência no Brasil, sendo este o fato gerador da condição de brasileiro nato.

Na segunda hipótese, como ele já pode fazer a opção, pois já maior, enquanto esta não for feita ele não será considerado brasileiro nato, pois a opção passa a ter eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo de gerar efeitos *ex tunc* quando realizada. Ou seja, enquanto não for feita a opção, o interessado não será considerado brasileiro nato⁵, tendo em vista que a condição de brasileiro nato *fica suspensa até a opção*.

4. Nesse sentido, conferir o seguinte acórdão do STF, no RE 418.096, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-3-05, DJ de 22-4-05: "São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. *Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade*. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter *personalíssimo*. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. Vindo o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato, sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira." No mesmo sentido: RE 415.957, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23-8-05, DJ de 16-9-05. Grifos nossos.

5. Também nesse sentido, conferir a decisão do STF, na AC 70-QQ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-9-03, DJ de 12-3-04: "Nacionalidade brasileira de quem, nascido no estrangeiro, é filho de pai ou mãe brasileiros, que não estivesse a serviço do Brasil: evolução constitucional e situação vigente. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção – de quatro anos, contados da maioridade –, o indivíduo, na hipótese considerada, se considerava, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção 'em qualquer tempo' – antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade, altera-se o *status* do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a maioridade a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato. (...) Pendente a nacionalidade brasileira do extraditando da homologação judicial *ex tunc* da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (CPR Civ art. 265, IV, a)."

A opção pela nacionalidade, embora *potestativa*, não é de forma livre, pois há de fazer-se na Justiça Federal⁶, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que *homologa* a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.

6.2. Os brasileiros naturalizados

Os brasileiros naturalizados são todos aqueles que, antes estrangeiros ou apátridas, adquirem a nacionalidade brasileira segundo as normas jurídicas fixadas soberanamente pelo Estado brasileiro.

A Constituição indica os brasileiros naturalizados no inciso II do art. 12, que são: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; e b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

De qualquer forma, a aquisição da nacionalidade secundária dependerá da manifestação de vontade do interessado e da concordância do Estado, que, por ser ato de soberania, decide livremente a respeito, podendo conceder ou negar a pretensão a seu talante, não havendo qualquer direito subjetivo por parte do estrangeiro ou apátrida na aquisição da nacionalidade brasileira. A aquisição da nacionalidade, assim, dependerá de um processo de naturalização, que se inicia na esfera administrativa e se conclui na via judicial, através da entrega do certificado de naturalização⁷.

6. Constituição Federal de 1988, "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o 'exequatur', e de sentença estrangeira, após a homologação, *as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização*". Grifos nossos.

7. A Lei nº. 6.815/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, disciplina o processo de naturalização. Assim, segundo os seus termos, o estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça. A petição será assinada pelo naturalizando e instruída com os documentos a serem especificados em regulamento (art. 115). O requerimento dirigido ao Ministro da Justiça será apresentado, no Distrito Federal e nos Estados, ao órgão competente do Ministério da Justiça (no caso, a Polícia Federal), que procederá à sindicância sobre a vida pregressa do naturalizando e opinará quanto à conveniência da naturalização (art. 117). Recebido o processo pelo dirigente do órgão competente do Ministério da Justiça, poderá ele determinar, se necessário, outras diligências. Em qualquer hipótese, o processo deverá ser submetido, com parecer, ao Ministro da Justiça. O dirigente do órgão competente do Ministério da Justiça determinará o arquivamento do pedido, se o naturalizando não satisfizer a qualquer das condições previstas no artigo 112, cabendo reconsideração desse despacho; se o arquivamento for mantido, poderá o naturalizando recorrer ao Ministro da Justiça; em ambos os casos, o prazo é de trinta dias contados da publicação do ato (art. 118). Publicada no Diário Oficial a portaria de naturalização, será ela arquivada no órgão competente do Ministério da Justiça, que emitirá certificado relativo a cada naturalizando, o qual será

É importante lembrar que não existe mais entre nós a chamada naturalização tácita, que ocorreu na Constituição de 1891, cujo art. 69, n. 4º, considerava cidadãos brasileiros "*os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem*". Essa naturalização ficou conhecida como a "grande naturalização".

A Constituição distingue três situações: 1) considera brasileiro naturalizado os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira; b) considera brasileiro naturalizado os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, exigindo-se destes apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; e c) considera brasileiro naturalizado os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

As duas primeiras situações correspondem à chamada *naturalização ordinária*. A última, à denominada *naturalização extraordinária*. Vejamo-las mais detidamente.

a) Naturalização ordinária

Compreende duas hipóteses: 1) os estrangeiros ou apátridas, que não são originários de países de língua portuguesa; e 2) os estrangeiros originários de países de língua portuguesa.

Para os estrangeiros ou apátridas, que não são originários de países de língua portuguesa, a Constituição condiciona a aquisição da nacionalidade brasileira ao cumprimento das exigências previstas em lei. A lei em referência é a Lei federal nº. 6.815/80 (*que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil*), que, no art. 112, exige as seguintes condições para a concessão da naturalização:

- I – capacidade civil, segundo a lei brasileira;
- II – ser registrado como permanente no Brasil;

solenemente entregue, na forma fixada em Regulamento, pelo juiz federal da cidade onde tenha domicílio o interessado. Todavia, onde houver mais de um juiz federal, a entrega será feita pelo da Primeira Vara. Quando não houver juiz federal na cidade em que tiverem domicílio os interessados, a entrega será feita através do juiz ordinário da comarca e, na sua falta, pelo da comarca mais próxima. (art. 119, §§ 1º e 2º). A naturalização ficará sem efeito se o certificado não for solicitado pelo naturalizando no prazo de doze meses contados da data de publicação do ato, salvo motivo de força maior, devidamente comprovado. No curso do processo de naturalização, poderá qualquer do povo impugná-la, desde que o faça fundamentadamente (art. 120). Conforme o art. 121, a satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização.

- III – residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;
- IV – ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
- V – exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;
- VI – bom procedimento;
- VII – inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e
- VIII – boa saúde, não se exigindo a prova de boa saúde a nenhum estrangeiro que residir no País há mais de dois anos.

Ainda em conformidade com a Lei 6.815/80, a concessão da naturalização é *faculdade exclusiva do Poder Executivo* e far-se-á mediante *portaria do Ministro da Justiça* (art. 111). E mesmo que o estrangeiro satisfaça todas as condições previstas na Lei, isso não assegura direito à naturalização (art. 121).

Já relativamente aos estrangeiros originários de países de língua portuguesa (como, por exemplo, Portugal, Angola, Moçambique, Timor Leste, Macau, entre outros), a própria Constituição fixa diretamente as condições para a concessão da naturalização, exigindo apenas *residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral*.

b) Naturalização extraordinária

A Constituição de 1988 reconheceu entre os brasileiros naturalizados os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes no Brasil *há mais de quinze anos ininterruptos*⁸ e *sem condenação penal*, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Nessa hipótese, cremos que a Constituição concedeu um direito subjetivo ao estrangeiro que requeira a nacionalidade brasileira e cumpra essas condições⁹.

8. Na versão original da Constituição, esse prazo era de 30 anos. Foi reduzido para 15 anos pela revisão constitucional nº. 03/94.

9. Parecer ter sido essa a posição adotada pelo STF, no RE 264.848, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 29-6-05, DJ de 14-10-05: "O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea b do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo

7. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS

A Constituição incisivamente *veda* a lei estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos por ela própria. E a Constituição fez *quatro distinções*, a saber.

1) quanto à titularidade de determinados cargos

Assim, no § 3º do art. 12, considerou *privativos de brasileiro nato* os cargos: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos Deputados; III – de Presidente do Senado Federal; IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V – da carreira diplomática; VI – de oficial das Forças Armadas; VII – de Ministro de Estado da Defesa.

2) quanto à composição do Conselho da República, na vaga de cidadão

Previu a Constituição, no art. 89, que o "Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: (...); VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução".

3) quanto à extradição

Em conformidade com o art. 5º, LI, nenhum brasileiro será extraditado, *salvo o naturalizado*, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei¹⁰.

Assim, de observar-se que só o brasileiro naturalizado pode ser extraditado; o nato jamais¹¹. A extradição do brasileiro naturalizado, contudo, só é

triumfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não de retroagir à data do requerimento do interessado." Grifos nossos.

10. STF, HC 87.219, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-6-06, DJ de 4-8-06: "Extradição. Passiva. Admissibilidade. Extraditando. Brasileiro naturalizado. Naturalização posterior aos fatos que, como crimes comuns, motivaram o pedido. Aplicação do art. 5º, LI, da CF, e art. 77, I, da Lei n. 6.815/80. Pode ser extraditado o brasileiro naturalizado que adquiriu a nacionalidade após a prática do crime comum que fundamenta o pedido de extradição."

11. Vide STF, HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-03, DJ de 29-8-03: "O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do *jus soli*, seja pelo critério do *jus sanguinis*, de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato

admitida em duas situações: em caso de crime comum, praticado antes da naturalização (ou seja, antes da entrega do certificado de naturalização), hipótese em que a norma em tela tem eficácia plena e aplicabilidade imediata; e de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, independente da prática do crime ter sido antes ou depois da naturalização, sendo que, já aqui, a norma constitucional precisa ser regulamentada, não se aplicando antes da regulamentação, por ser de eficácia limitada. Importante transcrever acórdão do STF a respeito, lavrado na Ext 541, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-11-91, DJ de 18-12-92:

"Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5º, LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, 'na forma da lei', e por 'comprovado envolvimento' no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita. No 'sistema belga', a que se filia o da lei brasileira, os limites estreitos do processo extradicional traduzem disciplina adequada somente ao controle limitado do pedido de extradição, no qual se tomam como assentes os fatos, tal como resultem das peças produzidas pelo Estado requerente; para a extradição do brasileiro naturalizado antes do fato, porém, que só a autoriza no caso de seu 'comprovado envolvimento' no tráfico de drogas, a Constituição impõe à lei ordinária a criação de um procedimento específico, que comporte a cognição mais ampla da acusação na medida necessária à aferição da concorrência do pressuposto de mérito, a que excepcionalmente subordinou a procedência do pedido extraditório: *por isso, a norma final do art. 5º, LI, CF, não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata.*"¹² Grifos nossos.

(CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, a). Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (...) – e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradicação Brasil/Portugal (...) –, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (...), a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes." No mesmo sentido: Ext 916, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 19-5-05, DJ de 21-10-05.

12. Também no mesmo sentido, vide STF, Ext 688, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-96, DJ de 22-8-97: "Tratando-se de extradição requerida contra brasileiro naturalizado, fundada em suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, impõe-se ao Estado requerente a comprovação do envolvimento da pessoa reclamada na realização do episódio delituoso. A inovação jurídica introduzida pela norma inscrita no art. 5º, LI, in fine, da Constituição – além de representar, em favor do brasileiro naturalizado, clara derrogação do sistema de contenciosidade limitada

- 4) *quanto à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens*

De acordo com o art. 222 da Constituição, a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens *é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.*

8. PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

Cumprе ressaltar que a perda da nacionalidade é medida excepcional, pois se contrapõe a um direito fundamental, que é o direito de nacionalidade. Assim, se é a Constituição que declara o direito de nacionalidade, só ela pode estabelecer os casos de perda da nacionalidade.

No Brasil, a perda da nacionalidade brasileira somente pode ocorrer nas hipóteses *taxativamente definidas na Constituição*, não se admitindo ao Estado inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, seja mediante simples lei, seja mediante tratados ou convenções internacionais¹³.

De acordo com o § 4º do art. 12, será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I – *tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional.*

Aqui, a perda da nacionalidade incidirá somente sobre o brasileiro naturalizado que, em razão de comprovada atividade nociva ao interesse nacional, aferida em processo judicial, terá a sua naturalização cancelada por sentença judicial transitada em julgado. A Lei federal nº 818/49 estabelece, nos arts. 24 a 34, o procedimento da ação judicial de cancelamento da naturalização, atribuindo a sua iniciativa ao Ministério Público Federal perante a Justiça Federal. O cancelamento da naturalização só operará efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença que o determinou.

- II – *adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994):*

– instituiu procedimento, a ser disciplinado em lei, destinado a ensejar cognição judicial mais abrangente do conteúdo da acusação penal estrangeira, em ordem a permitir ao Supremo Tribunal Federal, na ação de extradição passiva, o exame do próprio mérito da *persecutio criminis* instaurada perante autoridades do Estado requerente. A simples e genérica afirmação constante de mandado judicial estrangeiro, de que existem 'graves indícios de culpa' pertinentes ao suposto envolvimento de brasileiro naturalizado na prática do delito de tráfico de entorpecentes, não satisfaz a exigência constitucional inscrita no art. 5º, LI, in fine, da Carta Política."

13. Nesse sentido, HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-3-03, DJ de 29-8-03.

- a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994).
- b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994).

Nessa hipótese, a perda incide tanto sobre a nacionalidade originária como sobre a nacionalidade secundária. Assim, o brasileiro nato ou naturalizado perde a sua nacionalidade quando adquire *voluntária e espontaneamente* outra. Por isso mesmo, a revisão constitucional nº. 03/94 deu nova redação ao inciso II¹⁴ e acrescentou a ele duas alíneas, para esclarecer que *não perde* a nacionalidade brasileira, quando a aquisição de outra decorrer (a) *de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira* (exemplo, os casos de dupla nacionalidade originária; quando uma brasileira se casa com um italiano, pois pela lei italiana, que adota o *ius communicatio*, a brasileira é reconhecida como italiana) ou (b) *de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis* (é o que freqüentemente ocorre com os jogadores de futebol, que, para jogarem nos clubes estrangeiros, têm de se naturalizar no país dos clubes).

9. REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

A perda da nacionalidade causa a destituição do brasileiro de sua condição de nacional. Ele deixa de ser brasileiro. Todavia, declarada a perda da nacionalidade, ela pode ser readquirida.

Na hipótese de cancelamento da naturalização, a reaquisição é remota, pois só pode ocorrer através de ação rescisória da sentença que a cancelou. Havendo a rescisão, a nacionalidade é restabelecida tal como era antes.

Quando a perda da nacionalidade (originária ou secundária) foi motivada pela aquisição de outra, a própria Lei 818/49 prevê a possibilidade de reaquisição, por decreto do Presidente da República¹⁵, se o brasileiro estiver domiciliado no Brasil, cujo pedido será processado perante o Ministério da Justiça.

14. A redação anterior era a seguinte: "adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária".

15. "Art. 36 - O brasileiro que, por qualquer das causas do art. 22, números I e II, desta lei, houver perdido a nacionalidade, poderá readquiri-la por decreto, se estiver domiciliado no Brasil".

Note-se que a reaquisição restabelecerá a nacionalidade na condição que era antes; se era originária, volta a ser originária; se era secundária, volta a ser secundária¹⁶. Contudo, essa posição não é pacífica, pois há autores que sustentam que a reaquisição se dará sob a forma derivada, motivo pelo qual será considerado brasileiro naturalizado¹⁷.

10. A SITUAÇÃO DOS PORTUGUESES COM RESIDÊNCIA PERMANENTE NO BRASIL

A Constituição assegurou aos portugueses com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos na Constituição.

Assim, havendo reciprocidade em favor de brasileiros, os portugueses podem auferir de todos os direitos e vantagens atribuídos aos brasileiros, exceto nos casos, já examinados acima, de direitos privativos de brasileiro nato.

Na verdade, preenchidas as condições concernentes à *residência permanente no país* e à *reciprocidade favorável aos brasileiros*, os portugueses igualam-se aos brasileiros naturalizados, assumindo o status de *quase nacional*. É importante, contudo, observar a advertência do STF, no Ext 890, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-04, DJ de 28-10-04: "A norma inscrita no art. 12, § 1º da Constituição da República – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses."

16. Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 320, para quem o brasileiro nato readquire esta condição.

17. Nesse sentido, MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 400; e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 230.

CAPÍTULO XV

DOS DIREITOS POLÍTICOS

Sumário • – 1. Considerações iniciais – 2. Modalidades de direitos políticos – 3. Direitos políticos positivos: 3.1. Direitos políticos ativos; 3.2. Direitos políticos passivos – 4. Direitos políticos negativos: 4.1. Inelegibilidades: 4.1.1. Inelegibilidades absolutas; 4.1.2. Inelegibilidades relativas; 4.2. Perda e suspensão de direitos políticos – 5. Dos partidos políticos: 5.1. Conceito; 5.2. Liberdade partidária; 5.3. Autonomia partidária; 5.4. Direitos dos partidos políticos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No capítulo IV do título II, a Constituição brasileira dispôs de um conjunto de normas para disciplinar o exercício da soberania popular, a liberdade política do cidadão e a legitimidade e moralidade do processo político nacional (arts. 14 a 16).

Tais normas, por tratarem da participação do povo no processo de condução da vida política nacional, receberam a designação de *direitos políticos*.

2. MODALIDADES DE DIREITOS POLÍTICOS

As normas constitucionais sobre os direitos políticos, tal como ordenadas na Constituição, delineiam duas modalidades desses direitos: os *direitos políticos positivos* e os *direitos políticos negativos*.

As normas concernentes aos direitos políticos positivos estabelecem as condições para o exercício da cidadania política, compreendendo, como núcleo fundamental, as prerrogativas de votar e ser votado.

Já as normas atinentes aos direitos políticos negativos cuidam de limitar o exercício da cidadania, disciplinando as hipóteses de inelegibilidades e perda e suspensão dos direitos políticos.

3. DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS

Os direitos políticos positivos são expressão da soberania popular, que se assenta no fato de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, investindo o indivíduo das prerrogativas da cidadania, para o exercício do sufrágio universal, com o direito de votar e ser votado.

São prerrogativas fundamentais que asseguram ao povo a faculdade de participar democraticamente do governo, quer por seus representantes, quer por si.

Compreendem, assim, os **direitos políticos ativos**, que conferem ao cidadão a capacidade eleitoral ativa; e os **direitos políticos passivos**, que outorgam a capacidade eleitoral passiva.

3.1. Direitos políticos ativos

Os direitos políticos ativos envolvem a **capacidade eleitoral ativa** do cidadão, que lhe atribui a condição jurídica de participe do processo político nacional e lhe torna apto a exercer as prerrogativas de votar. Entretanto, a capacidade eleitoral ativa depende do cumprimento de algumas condições constitucionais, que chamaremos de **condições de alistabilidade**.

De fato, constitui condição de aquisição da cidadania o **alistamento eleitoral**, que consiste na qualificação e inscrição do nacional como **eleitor** junto à Justiça Eleitoral. De acordo com a Constituição, o alistamento eleitoral, e também o voto que é o seu conseqüente, são **obrigatórios** para os maiores de dezoito anos; e **facultativos** para os analfabetos; os maiores de setenta anos; e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Em singela síntese, pode-se assegurar que a capacidade eleitoral ativa é capacidade de ser eleitor, de votar e eleger o seu candidato.

3.2. Direitos políticos passivos

Os direitos políticos passivos investem o cidadão da **capacidade eleitoral passiva**, com o direito de ser votado ou de eleger-se, possibilitando-o de candidatar-se a mandato eletivo. Isto é, consiste na capacidade de ser eleito.

Contudo, a capacidade eleitoral passiva depende do cumprimento de determinadas condições constitucionais, denominadas de **condições de elegibilidade**, que não são mais do que condições que devem ser satisfeitas para o cidadão ser elegível. Porém, chame-se a atenção para não confundir capacidade de **ser eleitor** (capacidade eleitoral ativa) com capacidade de **ser eleito** (capacidade eleitoral passiva). Isso porque, nem todo eleitor pode ser eleito. Mas todo aquele que pode ser eleito, é necessariamente eleitor.

Assim, para que o eleitor possa ser eleito e exercer na plenitude os direitos políticos positivos passivos é necessário que satisfaça as chamadas **condições de elegibilidade** e não incorra em nenhuma inelegibilidade prevista na Constituição e na Lei. Em conformidade com o § 3º do art. 14, da Constituição Federal, são **condições de elegibilidade**, na forma da lei:

I – A nacionalidade brasileira.

Cumpra chamar a atenção para o fato de que não se confunde nacionalidade com cidadania política. Nacionalidade é vínculo que une um indivíduo

a um determinado Estado, em razão do nascimento (nacionalidade originária) ou da naturalização (nacionalidade secundária). Logo, nacional é o indivíduo integrado à nacionalidade do Estado, o que pode ocorrer desde o seu nascimento ou desde a sua naturalização. Enquanto cidadania, nos termos preconizados nos arts. 14 a 16 da Constituição, é condição jurídica de quem participa, como eleitor, do processo político nacional, votando ou sendo votado. Assim, o cidadão é o nacional em gozo dos direitos políticos. Nem todo nacional é cidadão, mas todo cidadão é nacional. E isso está manifesto na análise desta condição de elegibilidade, pois a nacionalidade é aqui tratada como **condição** da cidadania, em especial como condição para o exercício da capacidade de ser eleito.

Todavia, em razão da norma permissiva do § 1º do art. 12 da Constituição – que assegura aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição – os portugueses podem exercer a capacidade eleitoral passiva e se candidatar a mandato eletivo (exceto para Presidente e Vice-Presidente da República, em face do § 3º do art. 12), desde que cumpram as demais condições de elegibilidade.

II – O pleno exercício dos direitos políticos.

Para ser eleito, não pode o cidadão incorrer em nenhuma hipótese de perda ou suspensão de seus direitos políticos. Se perdeu os seus direitos políticos, enquanto não os readquirir, jamais poderá exercer a sua capacidade eleitoral passiva; se os direitos políticos estão suspensos, enquanto não cessar o motivo da suspensão, também não pode o indivíduo ser eleito.

III – O alistamento eleitoral.

Dá-se o alistamento eleitoral com a qualificação e inscrição do nacional como **eleitor** junto à Justiça Eleitoral. Segundo a Constituição, não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. Assim, estes inalistáveis e todos aqueles que, mesmo podendo, ainda não se alistaram, não podem exercer a capacidade de ser eleito ou votado.

IV – O domicílio eleitoral na circunscrição.

Domicílio eleitoral é a sede eleitoral do cidadão, isto é, onde ele se encontra alistado. O seu domicílio eleitoral demarca o âmbito de sua candidatura e do exercício de sua capacidade eleitoral passiva. Por exemplo, se o cidadão tem domicílio eleitoral no Município de Salvador, só pode concorrer para mandatos eletivos municipais no Município de Salvador, nunca no Município de Juazeiro; se tem domicílio eleitoral no Estado da Bahia (qualquer que seja

o Município), só pode candidatar-se para mandatos eletivos estaduais no Estado da Bahia, nunca no Estado de São Paulo.

Porém, anote-se que a lei pode permitir a transferência de domicílio eleitoral, segundo determinados critérios e dentro de certo prazo.

V – A filiação partidária.

Para exercer a capacidade de ser votado ou eleito, é necessário que o cidadão-candidato esteja filiado a partido político de sua escolha. Note-se a importância que a Constituição emprestou aos partidos políticos, como um dos instrumentos mais significativos e expressivos para a consolidação da democracia.

VI – A idade mínima de:

- a) *trinta e cinco anos* para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) *trinta anos* para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) *vinte e um anos* para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
- d) *dezoito anos* para Vereador.

Desta última condição de elegibilidade, atinente à idade mínima, percebe-se que os direitos políticos revelam-se como um paulatino e progressivo processo de afirmação e emancipação política do cidadão, que só atingem o ápice e momento último quando o cidadão completa trinta e cinco anos de idade, ocasião em que ele pode exercer plena e integralmente os seus direitos políticos, como eleitor e como elegível a qualquer mandato político.

Por último, esclareça-se que de acordo com o § 2º do art. 11, da Lei federal nº. 9504/97 (*que estabelece normas para as eleições*), a idade mínima constitucionalmente estabelecida como condição de elegibilidade é verificada tendo *por referência a data da posse*. Não é, portanto, a data da eleição.

4. DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

Os direitos políticos negativos compreendem um conjunto de normas constitucionais que *limitam* o exercício da cidadania, quer impedindo o gozo da capacidade eleitoral passiva (inelegibilidades), quer neutralizando os próprios direitos políticos positivos, afetando tanto a capacidade eleitoral ativa como a capacidade eleitoral passiva (perda e suspensão).

Têm por núcleo fundamental as *inelegibilidades* e os casos de *perda e suspensão dos direitos políticos*.

4.1. Inelegibilidades

As inelegibilidades anulam, total ou parcialmente, a capacidade eleitoral passiva e toham a prerrogativa do cidadão ser eleito, obstando-lhe de assumir todos (*inelegibilidades absolutas*) ou determinados mandatos eletivos (*inelegibilidades relativas*). Têm por fim proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º).

Não se confundem *inelegibilidade*, *inalistabilidade* e *incompatibilidade*. A *inelegibilidade* impede à elegibilidade, ou seja, a capacidade de ser eleito; a *inalistabilidade* obsta a capacidade de ser eleitor e a *incompatibilidade* barra ou impede o exercício do mandato, de candidato já eleito.

A Constituição prevê algumas hipóteses de inelegibilidades (art. 14, §§ 4º ao 8º), remetendo à *lei complementar* a definição de outras que assegurem os seus fins.

As inelegibilidades podem ser *absolutas* ou *relativas*.

4.1.1. Inelegibilidades absolutas

As *inelegibilidades absolutas* são aquelas que impedem a capacidade de ser eleito ou a elegibilidade para *qualquer mandato eletivo*. Não há falar aqui em desincompatibilização, pois elas persistem enquanto não cessada a sua causa. Em razão de seu absoluto caráter limitativo não podem ser previstas em lei. Só a Constituição as prevê. E segundo o § 4º do art. 14, são absolutamente inelegíveis os *inalistáveis* e os *analfabetos*. São inalistáveis, ou seja, não podem alistar-se como eleitores, os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

4.1.2. Inelegibilidades relativas

As *inelegibilidades relativas* são aquelas que impedem a capacidade de ser eleito ou a elegibilidade *apenas para alguns mandatos eletivos*, não para todos. Na verdade, o relativamente inelegível só em parte tem a sua elegibilidade atingida.

Além daquelas previstas na Constituição (art. 14, §§ 5º ao 8º), que serão adiante examinadas, a Lei Complementar referida no § 9º do art. 14 pode estabelecer outras. Com base nesse § 9º do art. 14, foi elaborada a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabeleceu casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determinou outras providências. Essa Lei foi

recentemente alterada pela Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, conhecida como a *lei da ficha limpa*, para incluir outras hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Todavia, em que pese a higidez moral e o conteúdo materialmente constitucional da Lei Complementar nº 135/2010, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, afastou a aplicação da referida Lei às eleições de 2010, sob o fundamento de que a Lei em tela colidiu com o princípio constitucional da anterioridade anual da lei que altera o processo eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição, e em conformidade com o qual a *lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*¹. As-

1. Eis a Ementa do acórdão: LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das

sim, em face da decisão do STF, a Lei Complementar nº 135, que entrou em vigor em 07 de junho de 2010, não poderia ser aplicada às eleições de 2010 em razão da vedação constitucional que obsta a aplicação da lei que altera o processo eleitoral à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

À luz da Constituição, as inelegibilidades relativas podem ser ordenadas da seguinte forma: a) por motivos funcionais; e b) por motivo de parentesco.

a) *Por motivos funcionais*, que envolvem as seguintes inelegibilidades:

- a.1) *Inelegibilidade para os mesmos cargos, num terceiro mandato subsequente*, do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, dos Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito. Note-se que, em razão da EC nº. 16/97, os titulares do poder executivo das três esferas de governo, poderão ser *reeleitos*, mas para um único período subsequente, o que significa dizer que são inelegíveis para o terceiro mandato subsequente. Chame-se a atenção para o fato de que a inelegibilidade incide para as eleições sucessivas, não alternadas. Quanto à situação do vice, ele não é titular de nada, razão por que não se lhe aplica a inelegibilidade em tela, salvo se assumiu, *por sucessão*, a titularidade no curso de mandato e vem a se eleger como titular para o segundo, hipótese em que tal situação já se qualifica como reeleição².

minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calçados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010. (RE 633703/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 23/03/2011, DJe de 18/11/2011).

2. Nesse sentido, acórdão do STF, no RE 366.488, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-10-05, DJ de 28-10-05: "Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. Inteligência do disposto no § 5º do art. 14 da Constituição Federal." Grifos nossos. No mesmo sentido: AI 782.434-Agr, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 24-3-2011.

- a.2) *Inelegibilidade para concorrerem a outros cargos*, do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, salvo se renunciarem aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito³.
- b) *Por motivo de parentesco*, são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge⁴ e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito⁵ ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. A ressalva em benefício do titular de mandato eletivo e candidato à reeleição não aproveita os suplentes⁶. O TSE afastou a incidência de sua súmula nº. 06 para admitir a elegibilidade, para qualquer cargo eletivo, do cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção dos titulares do poder executivo que renunciarem até seis meses antes da eleição⁷.

3. Por ser de interesse, conferir acórdão do STF, RE 345.822, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-11-03, DJ de 12-12-03: "Presidente da Câmara Municipal que substitui ou sucede o Prefeito nos seis meses anteriores ao pleito é inelegível para o cargo de vereador. CF, art. 14, § 6º. Inaplicabilidade das regras dos §§ 5º e 7º do art. 14, CF"
4. Conferir importante e histórico julgamento do Tribunal Superior Eleitoral, que considerou aplicável aos sujeitos de uma relação estável homossexual a inelegibilidade do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1.10.2004: "Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal."
5. A respeito de irmão de prefeito de Município-mãe, candidato a cargo de prefeito no Município desmembrado, conferir interessante acórdão do STF, no RE 158.314, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-12-92, DJ de 12-2-93: "É inelegível para o cargo de Prefeito de Município resultante de desmembramento territorial o irmão do atual Chefe do Poder Executivo do Município-mãe. O regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana – cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade – rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral."
6. Nesse sentido, STF, RE 409.459, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20-4-04, DJ de 4-6-04: "Artigo 14, § 7º, parte final, da CF. Cláusula de inelegibilidade. Exceção. Interpretação restritiva que alcança, tão-somente, os titulares de mandato eletivo e não beneficia os suplentes."
7. Súmula nº 06, do TSE: "É inelegível para o cargo de Prefeito, o cônjuge e os parentes indicados no § 7º do art. 14 da Constituição, do titular do mandato, ainda que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito". O Tribunal assentou que o cônjuge e os parentes do chefe do Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e tiver se afastado

4.2. Perda e suspensão de direitos políticos

As causas de perda e suspensão de direitos políticos encerram o elenco das restrições impostas aos direitos políticos. São limitações excepcionais que anulam os próprios direitos políticos positivos, atingindo tanto a capacidade eleitoral ativa (capacidade de ser eleitor: *de votar*) como a capacidade eleitoral passiva (capacidade de ser eleito: *de ser votado*).

Distinguem-se a perda e a suspensão dos direitos políticos. A perda é privação *definitiva e permanente*, enquanto a suspensão é privação *temporária*. Não se confundem *perda e suspensão* dos direitos políticos com *cassação* dos direitos políticos. Perda e suspensão dos direitos políticos são privações da cidadania autorizadas pela Constituição, que só podem ocorrer diante das hipóteses excepcionalmente indicadas por ela. Cassação dos direitos políticos é privação abusiva, ao desamparo da Constituição, muito utilizada durante o regime de ditadura militar que assolou o país, sobretudo no período entre 1960 e 1970. Por isso mesmo, é expressamente vedada pela Constituição.

De acordo com a Constituição, é *vedada a cassação* de direitos políticos, *cujas perda ou suspensão só se dará nos casos de*: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (art. 15). Não indica, porém, quais os casos de perda e quais os casos de suspensão.

Nada obstante, convencionou a doutrina apontar como causas de *perda dos direitos políticos*, por consistirem em privação definitiva e permanente desses direitos: (1) o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; e (2) a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII.

As demais são hipóteses de simples suspensão dos direitos políticos, exatamente porque causam privação meramente provisória desses direitos: (1) a incapacidade civil absoluta; (2) a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; e (3) a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

definitivamente até seis meses antes do pleito (Acórdão nº 19.442, de 21/08/2001, Resolução nº 20.931, de 20/11/2001 e Acórdão nº 3043, de 27/11/2001).

a) **Causas de perda dos direitos políticos.**

- a.1) O cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado. Como o cancelamento da naturalização desconstitui a nacionalidade adquirida pelo estrangeiro, situação que faz retornar a sua condição anterior de *não-nacional*, ele perde por completo os direitos de cidadania brasileira. O cancelamento, como já foi examinado no tema acerca da perda da nacionalidade brasileira, só pode ser declarada por autoridade judiciária (Juiz Federal), em razão de ação judicial proposta pelo Ministério Público Federal contra o brasileiro naturalizado por prática de atividade nociva ao interesse nacional.
- a.2) A perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição voluntária de outra. Apesar dessa hipótese não constar do art. 15, ela resulta óbvia da própria Constituição. Como visto acima, só o nacional pode ser cidadão e gozar dos direitos políticos no Brasil, razão por que a perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição voluntária de outra, nos termos do inciso II, do § 4º do art. 12, é causa que leva inevitavelmente à perda dos direitos políticos.
- a.3) A recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII. Essa causa de perda está relacionada com o direito de escusa de consciência (art. 5º, VIII) do qual já falamos no capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos e para o qual remetemos o leitor. Cumpre apenas lembrar que a escusa de consciência só é legítima se o escusante se dispuser a satisfazer a prestação alternativa (se prevista em lei, é claro), como forma de substituir a obrigação legal a todos imposta que ele se eximiu com fundamento em sua liberdade de crença e consciência. Cabe à lei federal, de competência privativa da União nos termos do art. 22, XIII, dispor sobre a perda em tela.

b) **Causas de suspensão dos direitos políticos.**

- b.1) A incapacidade civil absoluta. Decorre da interdição judicial do incapaz, nos termos previstos nos art. 1.767 a 1.778 do código civil.
- b.2) A condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Essa hipótese fala por si. Deve-se apenas esclarecer que a causa em comento proporciona a *imediata perda do*

mandato eletivo. Assim, comunicada a casa legislativa competente sobre a condenação criminal transitada em julgado de integrante seu ou do chefe do executivo, ela deve imediatamente declarar a extinção do mandato e, em consequência, declarar aberta a vaga em razão da suspensão referida e não abrir processo de cassação do mandato. Nesse sentido, colhe-se do STF o seguinte acórdão: "A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto-aplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irreversível, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis*, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE n. 179.502-SP (Pleno)." (RMS 22.470-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-6-96, DJ de 27-9-96)⁸.

Ressalte-se, por último, que a referida hipótese de suspensão não se aplica a membro de Congresso Nacional, pois, em decorrência do § 2º do art. 55 da Constituição, nos casos do inciso VI do mencionado artigo (*que trata da perda do mandato do Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado*), a *perda do mandato será decidida pela Casa a que pertence o parlamentar*, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa⁹.

- b.3.) A *improbidade administrativa*, nos termos do art. 37, § 4º. Corroborando esse dispositivo, a própria Constituição previu no § 4º do art. 37 que os *atos de improbidade administrativa*

8. Vide também a seguinte decisão do STF, no RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 8-9-99, DJ de 26-11-99: "Perda dos direitos políticos: consequência da existência da coisa julgada. A Câmara de Vereadores não tem competência para iniciar e decidir sobre a perda de mandato de prefeito eleito. Basta uma comunicação à Câmara de Vereadores, extraída nos autos do processo criminal. Recebida a comunicação, o Presidente da Câmara de Vereadores, de imediato, declarará a extinção do mandato do Prefeito, assumindo o cargo o Vice-Prefeito, salvo se, por outro motivo, não possa exercer a função. Não cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores outra conduta senão a declaração da extinção do mandato." Grifos nossos.

9. Veja-se nesse sentido, STF, RE 418.876, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-3-04, DJ de 4-6-04: "Da suspensão de direitos políticos - efeito da condenação criminal transitada em julgado, ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição, resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político."

importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A Lei federal nº. 8.429/92 (conhecida como Lei de Improbidade Administrativa) dispôs no art. 12, entre outras sanções, sobre a suspensão dos direitos políticos que variam de três a dez anos, a depender do tipo de ato de improbidade praticado.

5. DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Trataremos dos partidos políticos dentro do capítulo dos direitos políticos em razão da íntima conexão que há entre eles.

A origem dos partidos está vinculada a grupos ou doutrinas que sustentavam certas ideias. Na Grécia e Roma antigas, dava-se o nome de partido a um grupo de seguidores de uma ideia, doutrina ou pessoa. Porém, foi só na Inglaterra, no século XVIII, que se criaram pela primeira vez instituições de direito privado com o objetivo de congregar *partidários* de uma ideia política.

Com o tempo, os partidos políticos foram sendo concebidos como instrumentos democráticos de viabilização dos direitos do povo de participar do governo através de seus representantes. Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988 alçou a *filiação partidária* como legítima condição de elegibilidade do cidadão.

Mas não é só. Os partidos políticos são um dos instrumentos mais significativos e expressivos para a consolidação da democracia.

5.1. Conceito

Entende-se por partido político uma pessoa jurídica de direito privado que consiste na união ou agremiação voluntária de cidadãos com afinidades ideológicas e políticas, organizada segundo princípios de disciplina e fidelidade.

Em conformidade com a Lei federal nº. 9.096/95, o *partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal*.

5.2. Liberdade partidária

A Constituição de 1988 proclama o princípio da *liberdade partidária* quando consagra ser *livre* a criação, fusão, incorporação e extinção de

partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos constitucionais.

A liberdade partidária, todavia, não é absoluta. A própria Constituição a condiciona ao respeito da *soberania nacional*, ao *regime democrático*, ao *pluripartidarismo* e aos *direitos fundamentais da pessoa humana*. Ademais, impôs o seu caráter nacional, vedando a criação de partidos limitados aos Estados ou Municípios¹⁰.

A Constituição também proíbe os partidos de receberem recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes. Obriga-os a prestarem contas à Justiça Eleitoral e determina o funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Finalmente, veda a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

5.3. Autonomia partidária

Uma das grandes conquistas dos partidos consiste na garantia de sua *autonomia* para definir a sua estrutura, organização e funcionamento. Com efeito, segundo o § 1º do art. 17, é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A autonomia dos partidos ganhou significativo reforço com a EC nº. 52/2006, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 para inserir, no âmbito já largo da autonomia partidária, a liberdade de o partido adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal¹¹.

10. De acordo com o art. 7º, da Lei 9.096/95, o partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral. Contudo, só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha *caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados (ou seja, no mínimo 9 Estados), com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles*.

11. Ficou notório que a EC 52/2006 foi motivada pelo desejo dos partidos se esquivarem da chamada *verticalização* imposta por Resolução do TSE, entendida esta como a *vinculação das coligações partidárias nas eleições nos Estados e nos Municípios, àquela coligação feita pelo partido em nível nacional para as eleições presidenciais*. A propósito disso, foi intentada ADI no STF impugnando a novidade,

5.4. Direitos dos partidos políticos

Os partidos políticos, além de outras prerrogativas constitucionais distribuídas no texto da Constituição, gozam fundamentalmente dos seguintes direitos:

- a) *Direito a recursos do fundo partidário.* Segundo o art. 38 da Lei n. 9.096/95, o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III – doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, este último até o limite máximo de vinte por cento do total recebido; na propaganda doutrinária e política; no alistamento e campanhas eleitorais; na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido. Na prestação de contas dos órgãos de direção

sobretudo em razão de a EC 52 haver mandado aplicar a nova redação nas eleições presidenciais que, à época, ocorreriam no mesmo ano. Eis a síntese conclusiva da decisão do Supremo: "A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses collide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12-2-93). Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18-3-94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência." (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-06, DJ de 10-8-06).

partidária de qualquer nível devem ser discriminadas as despesas realizadas com recursos do fundo partidário, de modo a permitir o controle da Justiça Eleitoral (art. 44).

b) *Direito ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.* Cuida-se do conhecido *direito de antena*, que consiste na *propaganda partidária gratuita*, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão e tem por *finalidade exclusiva* difundir os programas partidários; transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido e divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários. Esse direito também está regulamentado pela Lei n. 9.096/95.

c) *Direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral em caso de injustificada desfiliação partidária pelo parlamentar.* O Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 1398, passou a entender que, salvo justa causa, perde o mandato o parlamentar que se desfiliou do seu partido de eleição, por violar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Estabeleceu a Corte eleitoral que o requerimento da decretação de perda do mandato limita-se aos eleitos que se desfiliaram após os dias 27 de março/07 (sistema proporcional) e 16 de outubro/07 (sistema majoritário). Ademais, a propósito do tema, editou o TST a Resolução nº 22.610/07, com a qual disciplinou o *processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária*¹².

12. Resolução nº 22.610/07, do TSE, que disciplina o *processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária*. O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes: Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal. § 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral. § 3º - O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução. Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado. Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas. Art. 4º - O mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação. Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial. Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de

repartições públicas. Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória. Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou. Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito. Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido. Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos. Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias. Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final. Do acórdão caberá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas pedido de reconsideração, sem efeito suspensivo. Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias. Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário. Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução. Brasília, 25 de outubro de 2007. MARCO AURÉLIO - PRESIDENTE; CEZAR PELUSO - RELATOR; CARLOS AYRES BRITTO; JOSÉ DELGADO; ARI PARGENDLER; CAPUTO BASTOS; MARCELO RIBEIRO.

CAPÍTULO XVI

DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Sumário • 1. Considerações gerais – 2. *Habeas corpus*: 2.1. Escorço histórico da origem do instituto; 2.2. Natureza Jurídica; 2.3. Espécies; 2.4. Legitimidade ad causam: 2.4.1. Legitimidade ativa; 2.4.2. Legitimidade passiva; 2.5. Hipóteses de cabimento; 2.6. Competência; 2.7. Procedimento – 3. Mandado de segurança: 3.1. Conceito, delineamento constitucional e generalidades do instituto; 3.2. Natureza Jurídica; 3.3. Espécies; 3.4. Legitimidade *ad causam*: 3.4.1. Legitimidade ativa; 3.4.2. Legitimidade passiva; 3.5. Cabimento; 3.6. Objeto da impetração; 3.7. Competência; 3.8. Procedimento; 3.9. Da Medida Liminar; 3.10. Da Sentença; 3.11. Do Pedido de Suspensão da execução da Liminar e da Sentença; 3.12. Do Mandado de Segurança Coletivo; 3.13. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 4. Mandado de injunção: 4.1. Origem e considerações gerais a respeito do instituto; 4.2. Objeto; 4.3. Legitimidade ativa; 4.4. Legitimidade passiva; 4.5. Competência; 4.6. Decisão e seus efeitos – 5. *Habeas data* – 6. Ação Popular: 6.1. Considerações gerais; 6.2. Requisitos específicos da ação; 6.3. Finalidade da ação; 6.4. Objeto da ação popular; 6.5. Legitimidade *ad causam*: 6.5.1. Legitimidade ativa; 6.5.2. Legitimidade passiva; 6.6. Competência; 6.7. Liminar, sentença e coisa julgada – 7. Ação civil pública.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição de 1988, além de estabelecer as garantias gerais destinadas à proteção dos direitos fundamentais, previu um conjunto especial de *garantias instrumentais* com as quais a pessoa pode reivindicar do Poder Judiciário a prevenção e correção de ilegalidades que ameçam ou ferem direitos individuais e coletivos.

Essas garantias instrumentais são normalmente denominadas de *ações constitucionais* ou *remédios constitucionais*. Preferimos designá-las de *ações constitucionais*, tendo em vista a vocação dessas garantias de servirem de instrumentos postos à disposição das pessoas para reclamarem, *em juízo*, uma proteção a seus direitos. Como são garantias deduzidas perante o Poder Judiciário, é melhor chamá-las de *ações constitucionais*.

A Constituição de 1988 relaciona as ações constitucionais no rol dos direitos individuais e coletivos do art. 5º, à exceção da ação civil pública que teve previsão constitucional no art. 129, III. São elas: o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); o mandado de segurança (art. 5º, LXIX); o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); o *habeas data* (art. 5º, LXXII); a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública (art. 129, III).

2. HABEAS CORPUS

2.1. Escorço histórico da origem do instituto

A origem do instituto do *habeas corpus* remonta ao direito inglês, notadamente a partir da Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem-Terra, por pressão dos barões ingleses.¹

Sem dúvida, tal marco constituiu grande avanço na defesa da *liberdade individual* contra as prisões arbitrárias. Todavia, malgrado a importante consagração histórica do instituto em tela, imprescindível se fazia a disciplina dos meios processuais aptos a dar concretude ao *writ*. Sem regulamentação, a Carta carecia de respeito e o povo continuava desamparado em face das prisões injustas.

Foi nesse sentido, como resposta às arbitrariedades que insistiam em oprimir os cidadãos, que foi editado o *Habeas Corpus Act*, no ano de 1679, estabelecendo o regramento procedimental do instituto jurídico. O referido ato ecoou de tal forma que alguns da época chegaram a chamá-lo de “segunda Magna Carta”, tamanha era carência da regulamentação.

Ocorre que, depois de certo período, passou-se a perceber que o mencionado documento de 1679 ainda apresentava lacuna, qual seja, a limitação para proteger, apenas e tão-somente, as pessoas que tivessem a sua liberdade privada em decorrência da prática de uma conduta criminosa. Nessa esteira, aqueles detidos por outras acusações continuavam desamparados de um remédio jurídico capaz de tutelar a sua liberdade.

No intuito de colmatar o espaço deixado, em 1816 foi editado novo *Habeas Corpus Act*, passando agora a proteger também aquelas pessoas encarceradas por causa diversa da acusação delituosa.

No Brasil, o *Habeas Corpus* foi instituído pela primeira vez no código de processo criminal de 1832 (art. 340)²⁻³, vindo a ter assento constitucional

1. Há quem indique, entretanto, outras origens, especialmente no Direito Romano, que permitia ao cidadão “reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum libero homine exhibendo*”. Assim, MIRABETE, Júlio Fabríni. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.708.
2. Estranhamente, antes do Código de Processo Criminal, sem que houvesse ainda qualquer previsão legal expressa do instituto no ordenamento jurídico pátrio, o Código Criminal de 1832, nos arts. 183 e 184, previu os seguintes crimes contra a liberdade individual: “Recusarem os juízes, a quem for permitido passar ordens de *habeas corpus*, concedê-las quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem, de propósito, e com conhecimento de causa, de as passar, independentemente de petição, nos casos em que a lei determinar; Recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de *habeas corpus*, que lhes tenha sido apresentada, ou a execução de outras diligências necessárias para que essa ordem surta efeito”.
3. Vale a lembrança de que antes mesmo dos Códigos Criminais, o Decreto de 23-05-1821, referendo pelo Conde dos Arcos, já assegurava proibição às prisões arbitrárias e injustas.

com a Constituição de 1891, cujo § 22 do art. 72 o previra em termos amplos, circunstância que originou a famosa e sempre lembrada *Doutrina Brasileira do Habeas Corpus* liderada por Ruy Barbosa, que o entendia com ação destinada a proteger qualquer direito.

De fato, dizia o § 22 do art. 72: *Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*. Ruy Barbosa, a propósito, sublinhou: “Logo, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.⁴

Todavia, com a reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* foi limitado à proteção da liberdade de locomoção⁵, com enunciado que se manteve nas Constituições seguintes até na atual. Na Constituição de 1988 tem previsão no art. 5º, LXVIII, segundo o qual *conceder-se-á “habeas corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*.

2.2. Natureza Jurídica

Cuida-se de uma *ação constitucional de natureza penal* destinada especificamente à proteção da *liberdade de locomoção* quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder.

Muito embora o instituto do *habeas corpus*, no Código de Processo Penal, esteja alocado no título destinado aos recursos, com estes não se confundem. Trata-se, deveras, de flagrante equívoco topográfico. Afinal, dúvidas não

4. BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática*, p.173.

5. “Com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a destinação constitucional do remédio heróico restringiu-se, no campo de sua específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisdicional contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas. O remédio constitucional do *habeas corpus*, em consequência, não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (a proteção da relação de confidencialidade entre Advogado e cliente, no caso), não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do *habeas corpus*, cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes.” (STF, HC 83.966- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-06-04, DJ de 25-11-05).

restam constituir o remédio em comento verdadeira ação autônoma de caráter mandamental.

Com efeito, este caráter é plenamente justificado, em razão da urgência da proteção do direito à liberdade, que se objetiva efetivar por intermédio da ação constitucional.

Ademais, encontra-se o *habeas corpus* localizado no catálogo específico dos direitos e garantias fundamentais (Título II, da Constituição de 1988), mais precisamente no art. 5º, LXVIII do Texto Maior. Nota-se, portanto, o seu *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV), não podendo ser abolido por emenda constitucional.

2.3. Espécies

A partir da leitura do próprio art. 5º, LXVIII, da *Lex Fundamentallis*, é possível perceber que a ação de *habeas corpus* pode ostentar tanto a natureza *preventiva*, quanto *repressiva*.

Será *preventivo* o *habeas corpus*, quando tiver por fim evitar a ocorrência da violação do direito protegido. Vale dizer, quando houver *ameaça* de violência ou coação ilegal ao direito de ir, vir e ficar.

De outra banda, será *repressivo* o instituto (aqui também chamado de *liberatório*), quando manejado para corrigir ou desfazer a lesão já consumada. Nestes casos, o desiderato da ação será sanar uma situação de violência ou coação já concretizada.

No caso do *habeas corpus* *preventivo*, a pessoa ameaçada poderá obter um *salvo-conduto* para garantir o livre trânsito. Impende pontuar, todavia, que, nestes casos, a ameaça há de ser efetiva, ou seja, deverá estar amparada em fundadas razões.

2.4. Legitimidade *ad causam*

2.4.1. Legitimidade *ativa*

Em face da relevância do objeto de tutela desta ação, o Código de Processo Penal atribui legitimação universal para o seu ajuizamento. Nesse sentido, o art. 654, do Código de Ritos, dispõe *verbum ad verbum*: “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.⁶

6. Nesse diapasão, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p.113. Acerca da amplitude da legitimidade ativa, dispora o autor que “qualquer do povo, nacional

Entretanto, à vista da possibilidade de manejo da ação em benefício próprio ou em favor de terceira pessoa, necessário se faz estabelecer uma distinção entre as figuras de *impetrante* e *paciente*. Este (*paciente*), é o sujeito que poderá se beneficiar da ação por estar sofrendo ou ameaçado de sofrer violação ilegal em sua liberdade ambulatoria. Aquele (*impetrante*), é o legitimado que postula, em juízo, a concessão da ordem.

Nesta linha de inteligência, a pessoa jurídica e o Ministério Público, *v.g.*, nada obstante a possibilidade de figurarem como impetrantes da ação de *habeas corpus*, não poderão, por motivos óbvios, ostentar a condição de paciente.⁷

À luz do direito constitucionalmente assegurado à defesa (art. 5º, LV), e em face da magnitude do instituto, o manejo do *writ* dispensa a constituição de advogado, e, por força do art. 5º, LXXVII⁸, da Carta de Outubro, trata-se de uma ação gratuita.

Os magistrados, por sua vez, assim como os tribunais, no exercício da atividade jurisdicional, poderão conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício. Contudo, quando não estiverem no exercício da jurisdição, Juízes, Desembargadores e Ministros poderão impetrar o remédio constitucional normalmente.

2.4.2. Legitimidade *passiva*

Figurando no pólo passivo dessa relação jurídica processual estará a autoridade coatora, que poderá ser tanto um agente do poder público

ou estrangeiro, independente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, pode fazer o uso do *habeas corpus*, em benefício próprio ou alheio (*habeas corpus* de terceiro). Não há impedimento para que dele se utilize pessoa menor de idade, insana mental, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. O analfabeto, também, desde que alguém assine a petição a rogo, poderá ajuizar a ação de *habeas corpus*”.

7. No mesmo sentido, já se manifestou a Excelsa Corte: “O art. 654 do CPP, ao preceituar que ‘o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público’, só não admite que a pessoa jurídica impetre o *writ* em seu favor, pela singela circunstância de que pessoa dessa natureza não pode estar sujeita a constrangimento na liberdade de locomoção. É, aliás, o que ocorre, também, com o Ministério Público, que o citado dispositivo legal admite seja impetrante de *habeas corpus*, não em seu favor, mas em favor de outrem” (STF – HC 69.889 – Rel. Celso de Mello – RT 708/398 e RTJ 161/475). Vide também: “Ora, a nossa jurisprudência tem acompanhado religiosamente a idéia de que o *habeas corpus* deve cingir-se à defesa contra pena privativa da liberdade. E fomos até mais adiante, acabamos de ver: podemos admitir a consequência indireta a autorizar a impetração do *habeas corpus*, mas não podemos admitir quando não existe, sob nenhum ângulo, possibilidade da pena privativa da liberdade. Também peço vênia ao eminente Ministro Relator para não conhecer do *habeas corpus* com relação à pessoa jurídica” (HC 92.921, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto do Min. Menezes de Direito, julgamento em 19-8-08, DJE de 26-9-08).
8. Nos exatos termos da Constituição Federal de 1988, prescreve o art. 5º, LXXVII: “são gratuitas as ações de ‘*habeas corpus*’ e ‘*habeas data*’, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”

(delegado de polícia, juiz, tribunal, membro do Ministério Público, etc.), como um particular (hospitais, clínicas psiquiátrica, etc.).

Insta salientar que, não obstante tratar-se o *habeas corpus* de uma ação constitucional de caráter penal, este não se limita a esta esfera de competência, haja vista a possibilidade de sua impetração no âmbito cível, quando a prisão decorre, *e.g.*, da inadimplência de prestação alimentícia.

2.5. Hipóteses de cabimento

Para além da previsão no texto da *Lex Legum* (art. 5º, LXVIII), o *habeas corpus* vem disciplinado a partir do regramento do Código de Processo Penal (arts. 647 a 667)⁹. Nessa esteira, é este mesmo *Codex* que sinaliza as hipóteses que ensejam a impetração do remédio ora em estudo.

Cuidou o legislador de elencar, no art. 648 do CPP, algumas situações que ensejam coação ilegal ao direito de locomoção¹⁰. O rol, por óbvio, numa interpretação consentânea aos preceitos fundamentais da Constituição Cidadã, só poderia ser exemplificativo, constituindo *numerus apertus*.

De mais a mais, naturalmente surgirão outras hipóteses, fora da literalidade do art. 648 do CPP, que darão ensejo à impetração do remédio heróico, com fundamento direto na previsão abstrata do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e, secundariamente, do art. 647 do Estatuto Processual.

Já no que se refere ao não cabimento do *habeas corpus*, a Constituição Federal trouxe uma única situação inadmitindo a impetração do remédio, tornando-o juridicamente impossível para o caso. De fato, em conformidade com o § 2º do art. 142 da CF, “Não caberá ‘habeas corpus’ em relação a punições disciplinares militares”. Contudo, cumpre ressaltar que o não cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares é restrição que se circunscreve ao exame de *mérito* do ato, conforme vem decidindo reiteradamente o STF. Assim, a “legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes”.¹¹

9. Para uma visão ampla e profunda do *habeas corpus*, consultar FÖPPEL, Gamil e SANTANA, Rafael. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, 2ª ed, Salvador: Edições JusPodivm, p. 05-43, 2007.

10. Art. 648 do Código de Processo Penal: “A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade”.

11. STF, RHC 88.543, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-4-07, DJ de 27-4-07. Conferir também, STF, RE 338.840, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-8-03, DJ de 12-9-03: “Não há

Além da vedação constitucional, outras hipóteses já foram sinalizadas pela jurisprudência pátria. Vejamo-las:

Segundo a súmula nº. 693 do STF, “Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”¹². Como também “Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.” (SÚM. 694).

Ademais, “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.” (SÚM. 695).

Já com o enunciado 692 da súmula da jurisprudência dominante do STF, “Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi provocado a respeito”. Como se nota, o enunciado indica que o cabimento de *habeas corpus* pressupõe a existência de prova pré-constituída, cuja apresentação é ônus do impetrante.

2.6. Competência

De saída, vale registrar que a competência em matéria de *habeas corpus* será determinada de acordo com a autoridade coatora, ou com a qualidade da pessoa vítima da lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção.

Aos juízes de primeira instância competirá o processamento e julgamento do *habeas corpus*, quando a lesão ou sua ameaça, oriunda de agente que não ostente foro privilegiado, acontecer nos limites territoriais da circunscrição judiciária à qual se encontra vinculado o magistrado. Vale lembrar que este agente tanto pode ser do poder público, quanto particular.

que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito”; e STF, HC 70.648, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 9-11-93, DJ de 4-3-94: “O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, § 2º, da Constituição Federal). (...) O entendimento relativo ao § 2º do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar.” No mesmo sentido: RHC 78.951, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-4-99, DJ de 28-5-99.

12. A propósito, “Da mesma forma, considera-se que as penas acessórias relativas à perda da função pública impostas em sentença condenatória não podem ser impugnadas em sede de *habeas corpus*”. Esse é o escólio de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 523.

Noutro giro, à luz do art. 82 da Lei 9.099/95, é sabido que compete às Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais o julgamento do recurso de apelação. Todavia, já é assente o entendimento que legitima este órgão a processar e julgar não só o recurso de apelo, como outras modalidades de recursos, bem como ações autônomas de impugnação, como, por exemplo, o *habeas corpus*.¹³

Já a competência dos Tribunais de segunda instância está atrelada, inicialmente, ao critério do foro por prerrogativa de função. Digno de nota, por oportuno, é o entendimento que o STF chegou a adotar editando a súmula 690 de sua jurisprudência, esclarecendo que "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais". Contudo, superando a mencionada orientação, em recente julgado, a Corte Suprema reconheceu a competência de Tribunal de Justiça para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato da Turma Recursal supramencionada.¹⁴

A partir do critério hierárquico (art. 650, §1º do CPP)¹⁵, quando a lesão (ou sua ameaça) à liberdade de se locomover for proveniente de autoridade judiciária, a competência para processar e julgar a ação de *habeas corpus* será do tribunal imediatamente superior a esta. Dessa forma, em se tratando de juiz eleitoral figurando na qualidade de autoridade coatora, competirá ao Tribunal Regional Eleitoral o processamento e julgamento da ação.¹⁶

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça - assim como ocorre no STF -, haverá tanto competência originária, quanto recursal.

Analisando, primeiramente, o Tribunal Superior, tem-se que este processará e julgará, originariamente, o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for algum dos agentes elencados no art. 105, I, "c", da Constituição de

13. STJ, HC 30155/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 11.05.2004, DJ 01.07.2004, p. 227.

14. Informativo STF nº 437, de 21 a 25 de agosto de 2006.

15. Art. 650, § 1º, do Código de Processo Penal: "A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição".

16. O mesmo se diga em relação à Justiça do Trabalho (especializada, assim como a Eleitoral). Oportuno lembrar que a EC nº. 45/04, referente à Reforma do Judiciário, instituiu a competência da Justiça Trabalhista para o julgamento de *habeas corpus*. Eis a previsão do art. 114, IV, da Carta Constitucional, *ipsis litteris*: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição". Em face da previsão, alguns doutrinadores dispararam crítica no sentido de que tal hipótese serviria, "unicamente para o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra determinação de prisão civil do depositário infiel", afinal, é o juiz do trabalho quem pode emitir ordem de prisão, e só relativa a esta matéria, tendo em vista o fato de que "a matéria sujeita à jurisdição trabalhista (art. 114, IV) não inclui, evidentemente, *matéria criminal*". Com esse pensar, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 4. ed., p. 706.

1988. São eles: os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Segundo este mesmo dispositivo, ainda compete ao STJ o processo e julgamento originário do *habeas corpus* que tenha como coator tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Mas não é só. Como visto, ainda resta a competência do STJ em grau de recurso, que, por sua vez, está disciplinada do art. 105, II, "a", do Texto Maior, *in verbis*: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) os '*habeas corpus*' decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória."

Ao Supremo Tribunal Federal, com espeque no art. 102, I, "d", compete processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, quando o paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores ("b" e "c"), quais sejam: Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ainda originariamente, o art. 102, I, "i", da Carta Magna, atribui competência ao Supremo para processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

Por fim, tem-se a competência recursal da Corte Suprema, em sede de *habeas corpus*. À luz do art. 102, II, "a", da Lei Maior, compete ao STF julgar, em recurso ordinário, *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

2.7. Procedimento

O procedimento da ação de *habeas corpus* está disposto no Código de Processo Penal, que traz o seu regramento. O rito desta ação constitucional,

como não poderia deixar de ser, é sumário, em face da exigência de celeridade da tutela da liberdade ambulatoria.

Quanto à forma de impetração do remédio, dever ser por escrito e em língua portuguesa¹⁷. Ademais, a inicial deve estar em conformidade com o § 1º do art. 654 do CPP.¹⁸

Digno de nota, também, que é plenamente admissível a concessão de medida liminar em sede de *habeas corpus*. Os requisitos para o deferimento da medida *initio litis*, assim como ocorre no processamento do mandado de segurança, são aqueles comuns às medidas cautelares, quais sejam: o *fumus boni iuris* (indícios quanto à decisão favorável) e o *periculum in mora* (risco de dano grave), que, por seu turno, apresenta-se sempre evidente.

A prova, como já sinalizado, deve ser pré-constituída - em sintonia com a própria sumariedade do rito - não comportando, o processo, ordinariamente, dilação probatória.

Nos termos do art. 656, do Estatuto Processual, ao receber a petição inicial, poderá o juiz, caso entenda necessário, ouvir o paciente, determinando sua imediata apresentação, caso este se encontre preso. Trata-se de prática já não usual no ambiente forense, substituída pela requisição de informações por escrito à autoridade coatora.

Oportuno anotar que, à luz do art. 622 do CPP¹⁹, esta medida só é prevista para os casos de competência originária dos tribunais, embora seja corriqueira a sua prática também no juízo de 1º grau.

Prestadas as informações, deve ser ouvido o *Parquet*, no prazo de dois dias. Tal providência, vale ressaltar, não é obrigatória perante o juízo de 1º grau, sem prejuízo da imprescindível intimação do Ministério Público de qualquer decisão (concessiva ou denegatória), já que possui legitimidade e interesse recursal.

17. A propósito, já se manifestou o STF pela impossibilidade de impetração do *habeas corpus* em língua estrangeira (STF - HC 72.391-8 - Plenário - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 17.03.1995). No particular do mencionado julgamento, a peça havia sido redigida em língua espanhola.
18. Art. 654, § 1º, do Código de Processo Penal: "A petição de *habeas corpus* conterá: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever; e a designação das respectivas residências".
19. Art. 662, do Código de Processo Penal: "Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição".

3. MANDADO DE SEGURANÇA

3.1. Conceito, delineamento constitucional e generalidades do instituto

Mandado de segurança, na já conhecida definição de Hely Lopes Meirelles, pode ser entendido como "o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".²⁰

Com a revisão da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a partir da reforma constitucional de 1926, surgiu a necessidade de um instrumento de caráter constitucional, apto à tutela de direitos subjetivos públicos, não amparados por *habeas corpus*, em face das ilegalidades e abusos de poder.

O mandado de segurança²¹ sempre foi considerado como um meio expedito de proteção judicial de todos os direitos fundamentais, à exceção do direito de liberdade de locomoção e, mais recentemente, do direito de informação pessoal, que estão amparados, respectivamente, pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*.

Cuida-se de uma invenção brasileira, já afirmava Buzaid²², instituída pela Constituição de 1934²³, desprezada pela Carta autoritária de 1937, mas restabelecida pela Constituição democrática de 1946 (art. 141, § 24) e mantida pela de 1967 (art. 150, § 21), inclusive por sua Emenda nº 01/69 (art. 153, § 21), e pela atual.

No Direito comparado não há ações similares, aproximando-se, em particular, do *juicio de amparo* do direito mexicano. Sua principal fonte foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Atualmente encontra-se consagrado no art. 5º, LXIX e LXX²⁴ da Constituição Federal, como modalidade *individual*

20. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

21. Para uma leitura sobre mandado de segurança, conferir SODRÉ, Eduardo. 'Mandado de Segurança'. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, 2ª ed, Salvador: Edições JusPodivm, pp. 93-142, 2007.

22. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, p. 25.

23. Art. 113, nº 33: "Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes".

24. Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXIX - "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício

(art. 5º, LXIX) e *coletiva* (art. 5º, LXX), podendo ser manejado com caráter preventivo ou corretivo.

Como visto, a Constituição de 1988 trouxe como novidade o mandado de segurança coletivo, que se distingue do individual basicamente em função de sua legitimação ativa.

Com efeito, enquanto no mandado de segurança individual qualquer pessoa, sozinha ou em litisconsórcio, pode ajuizar a ação em tela na defesa de um direito individual ameaçado ou violado por ato abusivo de autoridade; no mandado de segurança coletivo apenas as entidades previstas no inciso LXX do art. 5º podem manejá-lo, na defesa dos direitos de seus filiados ou associados, quais sejam: *partido político com representação no Congresso Nacional*; e *organização sindical*²⁵, *entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano*²⁶, *em defesa dos interesses de seus membros ou associados*.

Ainda descortinando as noções gerais, insta salientar que a principal disciplina deste remédio constitucional encontrava-se na Lei Federal 1.533/51, que foi totalmente revogada pela Lei Federal 12.016, de 07 de agosto de 2009²⁷, aplicando-se ainda, em caráter subsidiário, a legislação processual civil.

3.2. Natureza Jurídica

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, com rito sumário e especial, que tem como finalidade a invalidação de atos de autoridade ou a supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito líquido e certo, sejam individuais ou coletivos. Não admite dilação probatória, pois o seu rito é estreito, que só comporta prova documental e previamente constituída.

Nada obstante a natureza cível desta ação, pode a mesma ser manejada também no âmbito criminal (Justiça Federal ou Estadual), bem como no âmbito da justiça especializada.

de atribuições do Poder Público"; LXX - "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação do Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

25. "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento." (RE 198.919, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 15-6-99, DJ de 24-9-99).

26. Essa exigência só se aplica às associações.

27. Também foram revogadas as Leis nº 4.348, de 26-06-1964, e nº 5.021, de 9-6-1966, que também regulamentavam o mandado de segurança.

3.3. Espécies

Para além da literalidade do art. 5º, LXIX, da Constituição da República, é fácil constatar que o mandado de segurança pode assumir tanto a feição *repressiva*, como *preventiva*.

Será repressivo o instituto, em face de uma ilegalidade já cometida ou abuso já consumado. O objetivo, sem dúvida, é sanar a lesão já concretizada.

Todavia, há situações nas quais se vislumbra uma possibilidade concreta de lesão (vale dizer, ainda não consumada), e pretende-se evitar que esta ocorra. Nesses casos, seria desarrazoado - senão despropositado -, pensar que, para caber a ação, houvesse a necessidade de estar configurada a lesão ao patrimônio jurídico do impetrante.

A partir desta linha de raciocínio, será preventiva a ação de segurança, quando o impetrante estiver na iminência de sofrer uma violação a direito líquido e certo por parte da autoridade coatora. Nesta modalidade, é preciso demonstrar o justo receio, fundado na comprovação de ato comissivo ou omissivo concreto, que, de alguma forma, ponha em risco o direito do impetrante.

3.4. Legitimidade *ad causam*

3.4.1. Legitimidade ativa

Numa interpretação mais afinada com o tom constitucional, a análise daqueles que podem figurar no pólo ativo da relação jurídica processual do *writ of mandamus* deve ser a mais ampla possível.

Desse modo, ancorado nos preceitos que potencializam o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pode-se dizer que são legitimados para impetrar o remédio ora em estudo não só a pessoa física, como a jurídica, nacional ou estrangeira, residente ou não no Brasil, bem como os órgãos públicos despersonalizados e as universalidades reconhecidas por lei.

Por órgãos públicos deve-se entendê-los como um conjunto delimitado de competências públicas que integram a estrutura política e administrativa das pessoas jurídicas de direito público, que, conquanto careçam de personalidade jurídica, são titulares de poderes e competências a preservar. Nessa esteira, é possível citar, *e.g.*, as Mesas das Casas Legislativas, a Presidência dos Tribunais, as chefias do Ministério Público e do Tribunal de Contas, as Superintendências da Administração Pública, etc.²⁸.

28. Oportuno anotar que a jurisprudência pátria já ventila tal possibilidade (STF - MS nº 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RTJ 147/104).

Em relação às universalidades reconhecidas por lei, de que são exemplos o espólio, o condomínio, a massa falida, os consórcios, dentre outros, muito embora não possuam personalidade jurídica, nem por isso ficam excluídos do rol de legitimados ativos, que, como visto, deve ser o mais amplo.

Cumpra diferença, por oportuno, a legitimidade *ordinária* da *extraordinária*, para a impetração do mandado de segurança. Naquela (*ordinária*), o direito de ação é exercido pessoalmente pelo próprio titular do direito líquido e certo violado ou ameaçado de lesão. Nesta (*extraordinária*), caracterizada pela possibilidade de manejo da ação mandamental coletiva, o titular da ação e o possuidor do direito líquido e certo não se confundem, sendo, portanto, pessoas distintas.

Na primeira hipótese (na legitimidade *ordinária*), aquele que exerce o direito de ação age em nome próprio, na defesa de interesse próprio. A outro giro, no segundo caso (na legitimidade *extraordinária*), age o titular da ação em nome próprio, porém na defesa de interesse alheio, o que caracteriza, por seu turno, a substituição processual.²⁹

3.4.2. Legitimidade passiva

O mandado de segurança será manejado em face da autoridade responsável pela violação ou ameaça de violação ao direito líquido e certo do impetrante, conhecida como *autoridade coatora*, que, por sua vez, será a autoridade pública³⁰, ou o agente particular que atue no exercício de atribuições do poder público, por meio de delegação.³¹ Considera-se autoridade coatora, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei 12.016/09, aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Em conformidade com o § 1º do art. 1º da Lei 12.016/09, equiparam-se às autoridades, para os fins do mandado de segurança, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou até as pessoas naturais no

29. Válido fazer menção à existência do enunciado 629 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes".

30. Com SODRÉ, Eduardo, abstratamente, "pode-se enquadrar no conceito de autoridade pública os agentes de pessoas jurídicas da administração direta e indireta, os sujeitos que atuem em nome de empresas públicas e de sociedades de economia mista quando se encontrarem seus atos regidos pelo direito público e, finalmente, os particulares que exercem atividade pública delegada". "Mandado de Segurança". In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, 3ª ed, Salvador: Edições JusPodivm, 2008, p. 116.

31. A propósito, súmula 510 do STF, *ipsis litteris*: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial".

exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. Mas em face do § 2º do mesmo art. 1º da Lei, não cabe mandado de segurança contra os *atos de gestão comercial* praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Impende pontuar, contudo, que a parte ré da ação de segurança será a pessoa jurídica à qual se encontra vinculada a autoridade coatora, tendo em vista que será a pessoa jurídica que poderá interpor possíveis recursos³², bem como irá suportar os efeitos pecuniários decorrentes da concessão da ordem.

Em caso de indicação errônea da autoridade coatora, cumpre analisar duas diferentes situações possíveis, para saber quais serão as devidas consequências. Vejamo-las:

Primeiro, se o erro na indicação da autoridade implicar em alteração da parte ré, vale dizer, se o equívoco ocasionar a alteração do pólo passivo da relação jurídica processual, alternativa não resta senão a própria extinção do processo sem julgamento de mérito. É claro que, nesta hipótese, o juiz deve primeiro oferecer ao impetrante a oportunidade de emendar a petição inicial, para indicar a autoridade correta, somente extinguindo o feito se o impetrante não o fizer.

A outro giro, caso a errônea indicação da autoridade impetrada não altere o pólo passivo da impetração, entende-se, numa interpretação mais próxima dos preceitos fundamentais (notadamente os de caráter processual), que cabe ao magistrado, *ex officio*, a correção da irregularidade, em homenagem aos princípios da celeridade, economia e aproveitamento dos atos processuais.³³

Ainda neste recinto, cumpre esclarecer que, à luz da *teoria da encampação*, se a autoridade indicada como coatora for hierarquicamente superior àquela que, de fato, foi responsável pela prática do ato impugnado,

32. Embora tenha o § 2º do art. 14 da Lei 12.016/09 estendido à autoridade coatora o direito de recorrer:

33. Esta já é, aliás, orientação que vem sendo adotada no Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado: "A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, *a priori*, aparência de propositura correta." (STJ, 1ª TURMA. Recurso em Mandado de Segurança nº 17889/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 07.12.2004, DJ de 28.12.2005, p. 187).

desprezível será a retificação, dê-se que o agente trazido à relação jurídico-processual assuma a defesa do ato praticado por seu hierarquicamente subordinado.³⁴

3.5. Cabimento

Na esteira do que aqui já foi dito, pôde-se perceber que esse remédio constitucional destina-se especificamente a proteger direito líquido e certo³⁵, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, violado ou ameaçado de violação por ato ou omissão de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições públicas, praticado ilegalmente ou com abuso de poder.

Nesse sentido, a doutrina³⁶ tem apontado, de maneira esquemática, quatro requisitos para o cabimento da ação de segurança: i) ação ou omissão por parte de autoridade pública ou agente particular que atua por delegação no exercício da função pública; ii) ilegalidade ou abuso de poder; iii) lesão ou sua ameaça; iv) caráter subsidiário em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, na proteção do direito líquido e certo.³⁷

Assim, por meio dele, o Poder Judiciário pode e deve exercer a jurisdição constitucional incidental para invalidar os atos e suprir as omissões inconstitucionais do poder público, a fim de assegurar a efetividade e o pleno gozo dos direitos fundamentais.

Vale registrar, ainda, que o art. 23³⁸ da Lei nº 12.016/09, manteve o prazo anterior do art. 18 da Lei 1.533/51, de 120 dias para impetração do

34. Na mesma trilha, [STJ], 1ª TURMA. Recurso em Mandado de Segurança nº 17889/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 07.12.2004, DJ de 28.12.2005, p. 187).

35. Na definição, que se tornou clássica, de Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração" (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 25). No mesmo sentido apresenta-se a definição de Sérgio Ferraz: "Líquido é o direito com alto grau de plausibilidade, e certo é o comprovado de plano, sem dilação probatória" (*Mandado de Segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos*, p. 25). De ver-se, por conseguinte, que a complexidade dos fatos e do direito invocado não afasta o mandado de segurança, desde que incontroversos. Só afasta o writ a necessidade de elucidar os fatos em instrução probatória. Oportuna, pois, a Súmula 625, do STF - "Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança".

36. Com o mesmo pensar, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p.137.

37. Sempre válido lembrar que a negativa, por parte do Estado, no fornecimento de informações englobadas pelo direito de certidão, viola direito líquido e certo, dando ensejo ao cabimento do mandado de segurança.

38. Art. 23, da Lei nº 12.016/09: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado." Vide art. 18,

mandado de segurança. Não obstante algumas discussões acerca da constitucionalidade deste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já cristalizou seu entendimento através da Súmula 632, que prescreve: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança".

3.6. Objeto da impetração

O ato impugnado pela via do *mandamus* abrange qualquer conduta *positiva* ou *omissiva*³⁹ lesiva a direito, de tal modo que esse remédio constitucional revela-se como um poderoso mecanismo de controle incidental das ações e omissões do poder público, nas hipóteses de violação a direito líquido e certo, decorrente de ato ou omissão total ou parcial, normativa ou não normativa, do poder público.

Desse modo, em linha de princípio, constituem objeto do mandado de segurança os atos ou omissões administrativas. Existem atos, contudo, que em decorrência de seus atributos particulares, devem ser estudados de maneira pontuada.

Primeiramente, cumpre sublinhar que o art. 5º, da revogada Lei 1.533/51, excluía do âmbito de proteção do mandado de segurança três hipóteses, quais sejam: a) *ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução*; b) *despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção*; c) *ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial*.

Já em face do art. 5º da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (I) - *de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução*; (II) - *de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo*; (III) - *de decisão judicial transitada em julgado*.

da Lei nº 1.533/51: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

39. A possibilidade de controle judicial da omissão do poder público por meio do mandado de segurança encontra-se pacificado na jurisprudência em razão da súmula nº 429 do Supremo Tribunal Federal: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade". Vide também, na mesma direção, recente decisão do STF no MS 24.167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-10-06, DJ de 2-2-07: "Mandado de segurança. Recurso administrativo. Inércia da autoridade coatora. Ausência de justificativa razoável. (...) A inércia da autoridade coatora em apreciar recurso administrativo regularmente apresentado, sem justificativa razoável, configura omissão impugnável pela via do mandado de segurança. Ordem parcialmente concedida, para que seja fixado o prazo de 30 dias para a apreciação do recurso administrativo."

Antes de partir para o enfrentamento das situações elencadas, imperioso registrar (e quanto a isso dúvidas não restam) que a referida lei, como ato normativo infraconstitucional que é, deve ser analisada em cotejo com a Constituição Federal. Mais ainda! Deve obediência aos preceitos fundamentais estatuídos na *Magna Charta*, que visam explicitar e concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), vetor dos direitos e garantias fundamentais e *pedra de toque* de todo o ordenamento jurídico.

No que tange ao ato que desafia recurso administrativo, de saída, necessário advertir que o particular não está obrigado a esgotar as vias administrativas. Este já é, aliás, o entendimento que vem ecoando nos tribunais pátrios.⁴⁰

Caso o particular, entretanto, opte (mera faculdade que lhe assiste) por interpor o recurso administrativo, e este, além de possuir efeito suspensivo, independa de caução, carece o sujeito de interesse de agir - na modalidade necessidade -, para impetração do *writ*, tendo em vista que suspensos estarão os efeitos do ato impugnado, não causando prejuízos ao ora recorrente.

Todavia, digno de nota que, mesmo estando suspensa a eficácia do ato impugnado, em decorrência dos efeitos suspensivos do recurso, em havendo omissão por parte da autoridade em julgá-lo, tal inércia pode dar ensejo à impetração de mandado de segurança.⁴¹

Em relação ao ato judicial, se coadunando com o inciso II do art. 5º, da revogada Lei 1.533/51, e com o inciso II do art. 5º da vigente Lei 12.016/09, prescreve a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição."

Efetivamente, se existe medida judicial para combater o ato, e esta é o recurso, com efeito suspensivo (di-lo o inciso II do art. 5º da vigente Lei 12.016/09), falta interesse da parte na impetração da segurança. Contudo, em se tratando de terceiro prejudicado, o STJ já fixou entendimento cristalizado na Súmula 202, afirmando que: "A impetração de mandado de

40. "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE. EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. O Mandado de Segurança é garantia constitucional para proteger direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, sendo descabida a exigência de exaustão da via administrativa como condição de admissibilidade." (TRF - 1ª REGIÃO, 3ª TURMA. Apelação em Mandado de Segurança 9001136486, Rel. VICENTE LEAL, j. em 24.09.1990, DJ de 29.19.1990, p. 25461).

41. Conforme já apontado, a respeito, Súmula 429 do STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade."

segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso."

Ainda neste âmbito, conforme já se pode colher da jurisprudência⁴², para que a decisão judicial possa ser questionada pelo *writ of mandamus*, necessário que ela seja teratológica, vale dizer, absurda, conforme preceitua o próprio inciso LXIX da Carta Magna, ao se referir à ilegalidade ou abuso de poder.

Ademais, relativamente ao inciso III do art. 5º da vigente Lei 12.016/09, o Supremo Tribunal Federal já havia proclamado, por intermédio da Súmula 268, que: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado". Desse modo, o inciso III em comento constitui mera repetição da súmula 268 da Suprema Corte.

Por fim, importa asseverar que o atual art. 5º da vigente Lei 12.016/09 não reproduz a norma do inciso III do art. 5º da revogada Lei 1.533/51, que excluía do âmbito de proteção do mandado de segurança o *ato disciplinar*, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. Assim, em relação ao ato disciplinar, é perfeitamente cabível o mandado de segurança não apenas com o objetivo de discutir a incompetência do agente que aplicou a punição, ou para sanar a inobservância de formalidades essenciais, mas também para reformar o mérito daquelas decisões administrativas absurdas, contaminadas pela mácula da arbitrariedade.⁴³

Por fim, já é assente o não-cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, salvo quando aptos a produzirem autênticos efeitos concretos individualizados.⁴⁴

3.7. Competência

A competência para processar e julgar o mandado de segurança decorre da lei ou da própria Constituição, e será definida em razão da hierarquia da autoridade pública, ou da delegação conferida ao particular.

42. Conferir, assim: STJ, 5ª TURMA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18438/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 07.03.2005, p. 286.

43. Já demonstrando importante avanço jurisprudencial acerca do tema, "A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante a utilização desse *writ* constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrente (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. (STF, PLENÁRIO. Mandado de Segurança nº 20999/DF, Rel. Min. CELSO MELO, DJ de 25.05.1990, p. 1101)."

44. A respeito do tema, prescreve a Súmula 266 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

Segundo a Constituição Federal, o julgamento do mandado de segurança compete, originariamente:

- a) ao Supremo Tribunal Federal contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d", CF);
- b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, "b", CF);
- c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (108, I, "c", CF);
- d) a Juiz Federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (109, VIII, CF);
- e) aos Tribunais Estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado (art. 125, CF).

Em grau de recurso, o julgamento do *writ* competirá:

- a) ao Supremo Tribunal Federal: (1) em recurso ordinário, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores (art. 102, II, "a", CF); e (2) em recurso extraordinário, nas hipóteses do art. 102, III;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça: (1) em recurso ordinário, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (art. 105, II, "b", CF); e (2) em recurso especial, nas hipóteses do art. 105, III;
- c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por Juiz Federal ou por Juiz Estadual no exercício de competência federal da área de sua jurisdição (art. 108, II, CF);
- d) aos Tribunais Estaduais e ao Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a justiça do Distrito Federal (art. 125, CF).

3.8. Procedimento

O rito do mandado de segurança está disciplinado, notadamente, na Lei nº 12.016/09. Trata-se de procedimento sumário e, portanto, marcado pela celeridade.

A petição inicial da ação de segurança, além de dever obediência aos requisitos estabelecidos pela legislação processual civil (em especial aos artigos 282 e 283 do CPC), em respeito ao art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/09, deve vir apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Em razão do que dispõe o art. 4º da Lei 12.016/09, em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Nesse caso, o texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal de 120 dias para a impetração. Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá *apelação*. Todavia, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá *agravo* para o órgão competente do tribunal que integre.

Registre-se que, em face do § 2º do art. 10 da Lei 12.016/09, o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

De mais a mais, trata-se de procedimento que não se coaduna com dilação probatória, significando que a prova terá que ser pré-constituída, não comportando a juntada posterior de documentos. Todavia, à luz do § 1º do art. 6º da vigente Lei 12.016/09, caso o documento necessário à prova do alegado se encontre em poder do impetrado, ou de órgão que recuse o seu fornecimento, é possível que o juiz ou o tribunal ordene diligências para serem cumpridas em dez dias⁴⁵.

Preconiza o art. 7º da Lei 12.016/09 que o Juiz, ao despachar a inicial, ordenará: (I) - que se notifique a autoridade coatora do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; (II) - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica

45. Art. 6º, § 1º, da Lei 12.016/09: "No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição".

interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito; (III) - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

O § 1º do art. 4º da Lei 12.016/09 autoriza o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

Exaurido o prazo de apresentação das informações, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Contudo, em face do parágrafo único do art. 12 da Lei 12.016/09, com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

3.9. Da Medida Liminar

Conforme o inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09, o Juiz, ao despachar a inicial, ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Com já é sabido, são pressupostos para a concessão da medida liminar o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito), e o *periculum in mora* (risco de dano grave). Trata-se, portanto, de direito subjetivo processual do impetrante, caso os requisitos sejam atendidos.

Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto no CPC.

Caso seja deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento. Os efeitos da medida liminar persistirão até a prolação da sentença, salvo se revogada ou cassada. Vale lembrar, por oportuno, a existência do enunciado 405 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que preconiza: "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou o julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária."

Ademais, segundo dispõe o art. 8º da Lei 12.016/09, será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar, *ex officio* ou a requerimento

do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Finalmente, por força do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/09, não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

3.10. Da Sentença

Concedido o mandado de segurança, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe recurso de apelação ao Tribunal competente. No entanto, a sentença concessiva estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Por fim, vale esclarecer que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. Isto porque, em consonância com a súmula 269 do STF, "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança", na medida em que, conforme ressalta a súmula 271 do STF, a "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

3.11. Do Pedido de Suspensão da execução da Liminar e da Sentença

Dispõe o art. 15 da Lei 12.016/09 sobre o pedido de suspensão da execução da liminar e da sentença. Cuida-se de expediente antigo no direito brasileiro, previsto para se evitar *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, decorrente de medida liminar ou de sentença concessiva de mandado de segurança. Em face do preceito em tela, pode o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso,

a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença. Dessa decisão, porém, caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Em face do § 1º do art. 15, prevê a Lei que, indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo interposto contra a decisão que o deferiu, caberá *novo pedido* de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial (no caso, o Presidente do STJ) ou extraordinário (no caso, o Presidente do STF).

Mais ainda. Prevê o § 2º do art. 15 que também é cabível o pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial (STJ) ou extraordinário (STF), quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar proferida na ação de segurança.

3.12. Do Mandado de Segurança Coletivo

Novidade na Constituição de 1988, o mandado de segurança coletivo também foi regulado pela Lei 12.016/09. Em face do que dispõe o art. 21 da Lei, que reproduziu a norma do inciso LXX do art. 5º da Constituição, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Segundo o parágrafo único do art. 21 da Lei, os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: (I) - *coletivos*, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; e (II) - *individuais homogêneos*, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Por outro lado, em conformidade com o § 1º do art. 22 da Lei, o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Por fim, o § 2º do art. 22 da Lei condiciona a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo à prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

3.13. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em tema de mandado de segurança, o STF já fixou os seguintes entendimentos:

"O mandado de segurança não substitui a ação popular." (SÚM. 101).

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese." (SÚM. 266).

"Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição." (SÚM. 267). Entretanto, também decidiu o STF que "É certo que esta Corte, abrandando a rigidez da Súmula 267, tem admitido Mandado de Segurança quando, do ato impugnado, puder resultar dano irreparável, desde logo cabalmente demonstrado." (MS 22.623-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 9-12-96, DJ de 7-3-97). No mesmo sentido: RMS 25.293, Rel. Min. Carlos Brito, julgamento em 7-3-06, DJ de 5-5-06.

"Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado." (SÚM. 268).

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança." (SÚM. 269).

"Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria." (SÚM. 271).

"Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial." (SÚM. 510).

"Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança." (SÚM. 625).

"A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes." (SÚM. 629). Isso porque, a "legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação." (RE

193.382, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 28-6-96, *DJ* de 20-9-96). No mesmo sentido: RE 182.543, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-11-94, *DJ* de 7-4-95.

"A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria." (SÚM. 630). Mas "O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe." (MS 22.132, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21-8-96, *DJ* de 18-10-96).

"É constitucional lei que fixa prazo de decadência para impetração de mandado de segurança." (SÚM. 632). Esse prazo é de 120 dias, que se inicia a partir do conhecimento oficial da violação do direito. Assim, "Com o decurso *in albis* do prazo decadencial de 120 dias, a que se refere o art. 18 da Lei n. 1.533/51 – cuja constitucionalidade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 142/161 – *RTJ* 145/186 – *RTJ* 156/506) –, extingue-se, de pleno direito, a prerrogativa de impetrar mandado de segurança. (...) O termo inicial do prazo decadencial de 120 dias começa a fluir, para efeito de impetração do mandado de segurança, a partir da data em que o ato do Poder Público, formalmente divulgado no Diário Oficial, revela-se apto a gerar efeitos lesivos na esfera jurídica do interessado. Precedentes. (...) O ato estatal eivado de ilegalidade ou de abuso de poder não se convalida e nem adquire consistência jurídica, pelo simples decurso, *in albis*, do prazo decadencial a que se refere o art. 18 da Lei n. 1.533/51. Desse modo, a extinção do direito de impetrar mandado de segurança, resultante da consumação do prazo decadencial, embora impeça a utilização processual desse instrumento constitucional, não importa em correspondente perda do direito material, ameaçado ou violado, de que seja titular a parte interessada, que sempre poderá – respeitados os demais prazos estipulados em lei – questionar, em juízo, a validade jurídica dos atos emanados do Poder Público que lhe sejam lesivos. Precedente: *RTJ* 145/186-194." (MS 23.795-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-11-00, *DJ* de 2-3-01). Necessário esclarecer, contudo, que relativamente aos atos omissivos, já decidiu o STF que "Enquanto há omissão continuada da Administração Pública, não corre o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança, sendo certo, porém, que essa omissão cessa no momento em que há situação jurídica de que decorre inequivocamente a recusa, por parte da Administração Pública, do pretendido direito, fluindo a partir daí o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração da segurança contra essa recusa." (RMS 23.987, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25-3-03, *DJ* de 2-5-03).

"Mandado de segurança. Desistência parcial. A jurisprudência do Supremo pacificou entendimento no sentido de que a desistência, no mandado de segurança, não depende de aquiescência do impetrado. Essa regra aplica-se também aos casos em que a desistência é parcial. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 318.281-AgR, Rel. Min.

Eros Grau, julgamento em 14-8-07, *DJ* de 21-9-07). Todavia, "Não pode o impetrante, sem assentimento da parte contrária, desistir de processo de mandado de segurança, quando já tenha sobrevivido sentença de mérito a ele desfavorável." (AI 221.462-AgR-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-07, *DJ* de 24-8-07).

"Mandado de segurança. Recurso administrativo. Inércia da autoridade coatora. Ausência de justificativa razoável. (...) A inércia da autoridade coatora em apreciar recurso administrativo regularmente apresentado, sem justificativa razoável, configura omissão impugnável pela via do mandado de segurança. Ordem parcialmente concedida, para que seja fixado o prazo de 30 dias para a apreciação do recurso administrativo." (MS 24.167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-10-06, *DJ* de 2-2-07).

4. MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1. Origem e considerações gerais a respeito do instituto

Na Assembléia Nacional Constituinte muito se debateu acerca da criação de um remédio constitucional que garantisse a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Aliás, buscava-se um instrumental jurídico que pudesse assegurar, em juízo, o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, consagrado no § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

Diversas propostas, a respeito, foram apresentadas pelos constituintes, destacando-se a dos Senadores Ruy Bacelar e Virgílio Távora e dos Deputados Gastone Righi e Carlos Virgílio. O Senador Ruy Bacelar propôs a medida com a seguinte redação:

"Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam de lei ou de providências do Estado serão assegurados por Mandado de Injunção, no caso de omissão do Poder Público. Parágrafo único. O mandado de injunção terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança".

Acompanhada desta proposta, foi apresentada a seguinte justificativa, que já exaltava a dimensão e a nobreza do novo instituto:

"Não basta a mera enunciação de direitos na Carta. De que adianta, ao cidadão, que a lei suprema do país declare, expressamente, o direito, por exemplo, à Educação ou à Saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional".

Já o Senador Virgílio Távora sugeriu a criação do instituto com a seguinte disposição:

"Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança".

Tais propostas sofreram, posteriormente, alterações na redação, mantida, todavia, a intenção originária de criar-se um instituto que permitisse o *controle judicial das omissões do poder público* e pudesse assegurar, judicialmente, a efetividade e o conseqüente desfrute dos direitos fundamentais. Assim é que, já no âmbito da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, o seu Relator, Deputado Darcy Pozza, procedidas aquelas modificações, apresentou Anteprojeto, vazado nos seguintes termos:

"Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual".

Esse Anteprojeto, entretanto, ainda sofreu mudança na Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. O seu Relator, Senador José Paulo Bisol, apresentou o seguinte Substitutivo àquele Anteprojeto:

"Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania".

Com pequenas alterações, o Substitutivo restou, afinal, consagrado, propiciando a redação ao atual inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe:

"Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Além de sua própria instituição e definição, contida nesse preceito, a Constituição de 1988 cuidou do mandado de injunção em mais outros quatro dispositivos, onde fixou normas de competência originária e recursal dos Tribunais para julgá-lo. Com efeito, no art. 102, inciso I, alínea "q", estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal e no inciso II, alínea "a", fixou, simultaneamente, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores; no art. 105, inciso I, alínea "h", fixou a competência originária do Superior Tribunal de Justiça (com a ressalva dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal); e art. 121, § 4º, inciso V, estabeleceu, também simultaneamente, a competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais e a competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral.

De referência à sua origem, a doutrina diverge. Alguns autores buscam apontar o direito anglo-americano como a fonte de inspiração para a criação

do nosso mandado de injunção. Nesse sentido, José Afonso da Silva, para quem o novo instituto nasceu na Inglaterra, no século XIV, como remédio da *equity*. Surgiu, assim, "do juízo de equidade, ou seja, é um remédio outorgado mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *common law* não oferece proteção suficiente".⁴⁶ Conclui José Afonso, no entanto, que a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction* do direito norte-americano, que serviu de inspiração, inclusive, para o próprio nome da referida ação constitucional brasileira.

Ainda há autores que vêem no direito alemão a origem do mandado de injunção. Segundo estes autores, a fonte imediata do mandado de injunção brasileiro seria o *Verfassungsbeschwerde* (art. 93, nº 4º-A, da Lei Fundamental de Bonn⁴⁷), que consiste numa ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, proposta pelo próprio particular perante o Tribunal Constitucional Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias⁴⁸.

Não faltou, outrossim, quem vislumbasse a origem do instituto na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português⁴⁹.

Não obstante a proximidade do nosso mandado de injunção com a *equity* do direito inglês, ou com a *injunction* do direito norte-americano, ou com o

46. 'Mandado de injunção'. In: Sálvio Figueiredo Teixeira (Coord.). *Mandado de segurança e de injunção*, p. 397. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, p. 179; FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, p. 29; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*, p. 14; ACKEL FILHO, Diomar. "Writs" constitucionais, p. 103. Contra: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, op. cit., p. 169-170, segundo o qual o "nosso mandado de injunção não é o mesmo writ dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação. (...) Referida ação, no Direito anglo-saxônio, tem objetivos muito mais amplos que o nosso, pois que na Inglaterra e nos Estados Unidos o *writ of injunction* presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários (*extraordinary writs*: *mandamus*, *injunction* ou *prohibition*, *quo warranto* e *certiorari*, oriundos da *common law* e da *equity*)"; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 149, para quem "Não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no direito inglês (e norte-americano) e no direito italiano".

47. Segundo essa disposição, compete ao Tribunal Constitucional Federal: "Decidir sobre recursos constitucionais interpostos por cidadãos com base em violação pelo Poder Público dos seus direitos fundamentais ou dos direitos especificados nos artigos 20º, nº 4, 33º, 38º, 101º, 103º e 104º".

48. Nesse sentido, MACIEL, Adhemar Ferreira. 'Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão'. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 101, jan./mar., 1989, p. 133; Marcelo Duarte, 'Mandado de injunção'. In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, v. 34, jul./ago., 1990; Também, no mesmo sentido, parece a posição de J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*, p. 92-93.

49. Foi o caso de José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 366, que defende a influência do direito português e do próprio mandado de segurança.

Verfassungsbeschwerde do direito alemão, é inegável que se cuida de uma criação brasileira, sem similar no direito comparado. É uma originalidade do direito brasileiro⁵⁰. cremos que sua matriz é o mandado de segurança, que, como visto noutra oportunidade, também se apresenta como instrumento de controle das omissões do poder público. O constituinte pretendeu, apenas, criar um remédio específico, a ser manejado exclusivamente para a defesa dos direitos fundamentais violados em face das omissões do poder público.

Os lineamentos básicos do mandado de injunção já foram fixados pela própria Constituição, de tal modo que não há necessidade de lei para regular-lhe o processo. Pensar diferente seria admitir, paradoxalmente, que uma ação constitucional criada especificamente para solucionar a não aplicabilidade imediata das normas constitucionais de eficácia limitada, dependesse, ela própria, de regulação. Prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, em nome da lógica e do bom senso jurídico, o entendimento de que a norma definidora do *writ* em pauta é de eficácia plena, não dependente de ulterior regulação, à vista, sobretudo, do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, convém que seja elaborada uma lei que regule o processo e julgamento da ação em causa, à semelhança do que ocorreu com a ADIN e a ADECON (cujo processo e julgamento encontra-se regulado na Lei nº 9.868/99). Esta lei, caso venha a ser editada, jamais poderá alterar o perfil constitucional dessa ação, cumprindo-lhe tão-somente dar maior operatividade ao instituto. Porém, enquanto não fixada a sua regulação processual, entende-se que é de aplicar-se ao mandado de injunção, por analogia, a lei do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51)⁵¹ ou os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do procedimento ordinário.

O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental. Condiciona-se, portanto, à existência de uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e

50. Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 150; Idem, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 316; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional*, op. cit., p. 243; PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial*, op. cit., p. 160; BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 02, op. cit., p. 356; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 352.

51. A Lei nº 8.038/90, que dispõe sobre normas procedimentais dos processos que especifica, de competência do STF e do STJ, estatui, no seu art. 24, parágrafo único, que: "No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica".

a impossibilidade do gozo de um direito fundamental. Desse modo, só se admite a impetração deste *writ* se, em decorrência da falta de norma regulamentadora (causa), tornar-se inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (efeito).

Cumprido, em sequência, descortinar os termos dessa relação de causa e efeito. Começemos pela causa. Que se entende, pois, por "falta de norma regulamentadora"? Será que a Constituição limitou o mandado de injunção às omissões legislativas?

Entendemos que não. Para nós, a expressão "norma regulamentadora" deve ser interpretada extensivamente, para abranger não só os atos legislativos, mas também toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, a teor do § 2º do art. 103, da Constituição Federal, seja ela de natureza legislativa ou não (leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos), abstrata ou concreta, jurídica ou material, desde que sua ausência torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁵².

52. Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 449-450. Segundo o autor, "Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêm uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é, assim, toda 'medida para tornar efetiva norma constitucional', bem o diz o art. 103, § 2º. Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora". Também, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito*, op. cit., p. 248; PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial*, op. cit., p. 118-119; ACKEL FILHO, Diomar. "Writs" constitucionais, op. cit., p. 104-105 e CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata*, op. cit., p. 368. É interessante ressaltar a posição, a respeito do tema, de J. J. Gomes Canotilho, "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas". In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, op. cit., p. 359-360: "A primeira questão é esta: a proteção jurídico-constitucional de acesso ao direito contra omissões normativas legislativas de direitos fundamentais coloca-se em termos idênticos, quer se trate de omissões legislativas, quer se esteja perante omissões regulativas infralegais? O modo jurídico-processual de proteção contra a falta de lei é o mesmo que ocorre quando inexistem normas regulamentares? A leitura do art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira parece colocar no mesmo plano a 'falta de lei' e a 'falta de regulamento' (ou qualquer outra norma infralegal) para efeitos do mandado de injunção. Todavia, a diferença entre as duas hipóteses poderia residir no seguinte: a ação de defesa contra omissões normativas infralegais não é uma ação jurídico-constitucional, pois do que se trata é do controle judicial do Executivo (em sentido amplo) que peca por inação regulativa; a ação de defesa contra omissões legislativas, essa sim possuiria natureza constitucional, porque o que se pretende, em primeira linha, é agir contra o legislativo (o Poder Legislativo) faltoso no cumprimento do dever de legislação. Temos dúvidas quanto à bondade desta distinção. Em qualquer dos casos está em causa a impossibilidade de exercício de direitos e liberdades fundamentais por falta de norma regulamentadora. O *punctum saliens* da questão não é, por conseguinte, o de individualizar o 'poder pecador' (o Executivo ou Legislador), mas sim o

A propósito, a própria Constituição confirma explicitamente essa interpretação. Com efeito, nos arts. 102, I, *q* e 105, I, *h*, que tratam, respectivamente, da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção, há menção expressa à norma regulamentadora de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q*), e à norma regulamentadora de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta. Portanto, toda e qualquer medida indispensável para tornar viável o exercício de direito fundamental, tenha natureza legislativa ou meramente administrativa, constitui norma regulamentadora para os efeitos da impetração da *injunction* brasileira. Logo, a falta de norma regulamentadora consiste exatamente na omissão do poder público em providenciar tais medidas de concretização dos direitos.

Dáí entendermos que o conceito de norma regulamentadora é abrangente de atos administrativos concretos e fatos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode, fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências materiais do poder público (educação e saúde, por exemplo). E a omissão destas providências consiste indubitavelmente na falta de norma regulamentadora⁵³.

Não devemos limitar a compreensão de norma regulamentadora apenas a atos normativos do poder público. Seu conceito alcança toda "medida" necessária para tornar viável um direito fundamental. Efetivamente, se o direito à educação e à saúde só é exercitável se houver escolas, professores e

da inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais por 'falta de norma regulamentadora'. Dir-se-á mesmo que em ambos os casos a questão é *regulada pelo direito constitucional*, pois na ordem constitucional de ações do sistema brasileiro o mandado de injunção contempla e localiza em sede constitucional as duas omissões. Acresce que a transferência para o direito brasileiro de conceito de '*litígio jurídico-constitucional*' seria menos apropriada porque este conceito pressupõe uma jurisdição constitucional específica (Tribunal Constitucional) que não existe na estrutura judiciária brasileira". Empós essas considerações, propõe o constitucionalista português o seguinte conceito de "falta de norma regulamentadora": "Incumprimento, por parte de uma entidade com competência regulativa (legislador, governo, administração), de dever jurídico-constitucional ou jurídico-legal de emanção de normas jurídicas fornecedoras de um contributo constitutivo-activo à efectivação de direitos e liberdades constitucionais".

53. Discordamos, por conseguinte, da posição de Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 369; de Carlos Ari Sundfeld, 'Mandado de injunção'. In: *Revista de Direito Público*, n. 94, p. 146-147 e de Roque Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 358. No sentido do texto, PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 119.

vagas (educação), hospitais, postos de saúde, médicos e leitos (saúde), tem-se que tais providências, ainda que materiais, inserem-se no contexto conceitual de norma regulamentadora, de tal modo que, ausentes, admite-se a impetração do *writ*.

Por óbvio, se for desnecessária a norma regulamentadora, tendo em conta que a norma constitucional é de eficácia plena e o direito nela definido é exercitável de plano, não se admite o mandado de injunção⁵⁴. O só fato de o poder público recusar-se à aplicação de uma norma de eficácia plena, tolhendo o exercício de um direito constitucional, não enseja a interposição do *mandamus* em pauta, uma vez que inexistente a omissão a ser combatida pelo presente remédio constitucional. Tal situação pode ser solucionada pela via do mandado de segurança⁵⁵. Não se admite, outrossim, o mandado de injunção se ainda não expirado o prazo fixado na Constituição para a edição da norma regulamentadora⁵⁶. E o mandado de injunção perderá seu objeto com a superveniência da norma regulamentadora que torne, por certo, integralmente viável o desfrute do direito fundamental⁵⁷.

Questão interessante é saber se a omissão parcial do poder público ou a inconstitucionalidade eventual da norma regulamentadora em vigor enseja a impetração da ação injuncional. Entendemos que sim. Desde que inviabilize o exercício de algum direito fundamental, a providência incompleta ou insatisfatória do poder público dá ensejo à propositura da referida ação, a fim de que seja suprida a parte omitida (v. g., a propositura da ação visando à extensão de um benefício legal concedido somente a uma parcela da mesma categoria). Outro tanto sucede na hipótese de inconstitucionalidade da própria norma regulamentadora, circunstância equiparável à própria falta da norma regulamentadora⁵⁸. Nesse caso, cumpre ao impetrante argüir

54. MI 5, RTJ 128/1; MI 17, RTJ 128/965; MI 24, RTJ 129/492; MI 44-1, DJU de 23.03.90; MI 74-3, DJU de 14.04.89; MI 97-2, DJU de 23.03.90.

55. STF, MI 15-DF, DJU de 04.09.90, p. 14.029. Segundo José Afonso da Silva, *Curso...*, op. cit., p. 450, os direitos fundamentais definidos em normas constitucionais devidamente regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outra via (mandado de segurança, ação cautelar, ação ordinária) que não o mandado de injunção.

56. STF, MI 60-3-DF, DJU de 09.03.90.

57. No MI 288-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03.05.95, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a superveniência de medida provisória, que viabilize o exercício do direito reclamada, cria uma situação de prejudicialidade que compromete o prosseguimento do mandado de injunção. No mesmo sentido, MI 426-PR, DJU de 16.02.96.

58. Nesse sentido, BERMUDEZ, Sérgio. 'O Mandado de Injunção'. In: *Revista dos Tribunais*, n. 642, p. 21. Segundo o autor, "Nessa hipótese (em que a norma regulamentadora seja inconstitucional), a situação será equiparável à da ausência de norma, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição. Aqui, admite-se a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la, argüindo a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora". Também, CARRAZZA, Roque Antonio,

incidentalmente, no próprio mandado de injunção, a inconstitucionalidade da medida e, uma vez declarada, pedir o suprimento da omissão (decorrente da inconstitucionalidade da norma regulamentadora), para poder exercer o seu direito.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não vem admitindo o *writ* em nenhuma dessas duas hipóteses. Segundo a Corte, se existe a norma regulamentadora, pouco importa se insatisfatória ou inconstitucional, não cabe a ação injuncional, pois tal situação não é comparável à ausência de norma regulamentadora⁵⁹.

Impende esclarecer, outrossim, que o só fato de já ter sido iniciado o processo legislativo tendente à edição da norma regulamentadora não impede a impetração da injunção. Ora, é mais do que sabido que o processo legislativo brasileiro – à exceção do processo sumário previsto para a tramitação dos projetos de leis de iniciativa do Presidente da República quando este solicita urgência⁶⁰ – é demasiadamente lento, podendo durar anos a fio, sem que resolva o problema da falta da norma regulamentadora. Daí que, mesmo tramitando proposta de elaboração da norma regulamentadora, o direito consagrado constitucionalmente fica paralisado, sem poder ser exercido, razão que nos anima a sustentar pela viabilidade do *writ of injunction*.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não admite o mandado de injunção quando o projeto de lei consistente na norma regulamentadora já foi apresentado ao Congresso Nacional⁶¹.

Já relativamente aos direitos tutelados pelo mandado de injunção, não exercitáveis em face da falta da norma regulamentadora (efeito daquela

op. cit., p. 357-358; PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 120 e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 110.

59. MI 60-3-DF, DJU de 09.03.90, p. 1.610; MI 81-6-DF, DJU de 30.03.90, p. 2.342; MI 152-9, DJU de 20.04.90; MI 254-1, DJU de 02.10.92; MI 314-9, DJU de 05.06.92. No MI 79-4, DJU de 02.08.90, decidiu o STF que "Não cabe o mandado de injunção, para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, § 1º da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição".
60. Que se submete a um prazo máximo de 100 dias, consoante dispõe o art. 64, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988.
61. MI 193-6, DJU de 28.05.90, p. 04; MI 96-4, DJU de 01.03.90, p. 1.320; MI 215-1, DJU de 16.03.90, p. 1.870. Todavia, no MI 361-RJ, Rel. p/ acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17.06.94, p. 15.707, o Supremo decidiu pela admissibilidade do *writ*, mesmo existindo processo legislativo pendente: "A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa –, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar".

relação de causalidade), há na doutrina três posições. Uma primeira posição, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶², que restringe o alcance do instituto tão-somente aos direitos políticos e aos direitos vinculados diretamente ao *status* de nacional, ficando de fora, por exemplo, os direitos sociais. Uma segunda posição, defendida por Celso Ribeiro Bastos⁶³ e J. J. Calmon de Passos⁶⁴, que sustenta a aplicação do mandado de injunção aos direitos fundamentais previstos no catálogo do Título II da Constituição. E, finalmente, uma terceira posição, hoje dominante, cujo entendimento é o de que o presente *writ* é abrangente de todos os direitos fundamentais, sejam individuais (civis ou políticos), coletivos, difusos e sociais, encontrem-se inseridos ou não no catálogo do Título II da Constituição Federal⁶⁵.

Compartilhamos desta última posição. De feito, orientação diversa consistiria em negar a própria razão de ser do instituto, que foi criado para a proteção da efetividade de todos os direitos fundamentais, notadamente daqueles que dependem decisivamente da intervenção do poder público para serem usufruídos, cuja omissão dos órgãos estatais se traduziria em inviabilizá-los, como sói ocorrer com os direitos sociais. Deixar essas espécies de direitos fundamentais ao largo da tutela do mandado de injunção pode redundar num esvaziamento do próprio *writ*, principalmente quando temos a consciência de que as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – por serem direitos de defesa e não carecerem, em regra, de nenhuma providência do Estado, a não ser a sua própria abstenção ante o exercício legítimo do direito – não se sujeitam ao crivo protetivo da injunção.

4.2. Objeto

O objeto do mandado de injunção é, sem dúvida, tornar viável o exercício de um direito fundamental, quer a obrigação de prestar o direito seja do

62. *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit., p. 153; Idem, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 317. Segundo o autor, a parte final do inciso LXXI, quando menciona "das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", restringe o alcance do mandado de injunção tão-somente aos direitos políticos ou aos direitos vinculados diretamente ao *status* de nacional, ficando de fora, por exemplo, os direitos sociais.
63. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 250.
64. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*, p. 110-110.
65. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 245; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 449; PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial...*, op. cit., p. 123; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, op. cit., p. 352; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, op. cit., p. 367; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*, p. 70.

poder público, quer seja do particular. Assim, não se presta o instituto a obter a norma regulamentadora, pois tal objeto foi reservado pela Constituição à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que será examinada no próximo capítulo.

Para nós, o mandado de injunção destina-se a viabilizar o exercício de um direito fundamental, que sempre se pressupõe plenamente eficaz, a teor do § 1º do art. 5º da Constituição, mas cujo desfrute está interdito pela omissão do poder público em prestar a providência necessária de que ele depende. Para tanto, cumpre ao Poder Judiciário julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito pretendido e suprimindo a omissão criando, se necessário, a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo.

O objeto do *mandamus* não é, assim, uma ordem para legislar ou para expedir a norma faltante. No mandado de injunção, o Poder Judiciário supre a omissão do poder público, "criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária".⁶⁶ Nesse contexto, a função do *writ* é fazer com que o direito seja imediatamente exercido, independentemente de regulamentação, e justamente porque não foi regulamentado.⁶⁷

4.3. Legitimidade ativa

Toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que titularize um direito fundamental, não exercitável ante a omissão do poder público em expedir a norma regulamentadora necessária, tem legitimidade para propor o mandado de injunção.

Também têm legitimidade para impetração do *writ* os entes coletivos, como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais e as entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano⁶⁸, em defesa dos

interesses de seus membros ou associados. Nesse caso, cuida-se de um verdadeiro *mandado de injunção coletivo*, por aplicação analógica do art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal⁶⁹.

Quando o direito for difuso⁷⁰ ou coletivo, o Ministério Público goza de legitimidade para a interposição da injunção (CF, art. 129, III). Essa legitimação do Ministério Público, porém, não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses (CF, art. 129, § 1º).

Cremos que também têm legitimidade ativa para a propositura da ação de injunção os órgãos públicos na defesa de seus direitos constitucionais, à semelhança do que se entende no mandado de segurança.

4.4. Legitimidade passiva

O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a legitimidade passiva no mandado de injunção é exclusivamente da autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora, não admitindo a Corte sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e os particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora⁷¹.

Efetivamente, não podemos concordar com essa posição da Excelsa Corte. Ora, se o mandado de injunção destina-se a tornar viável o exercício de um direito fundamental, pouco importando qual a autoridade ou o órgão público responsável pela elaboração da norma regulamentadora, coerentemente ele deve recair sobre a pessoa física ou jurídica, seja pública ou

ao mandado de segurança coletivo e não ao mandado de injunção (MI 19-DF, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJU de 11.06.90, p. 5.347).

69. MI 347-SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 08.04.94; MI 361-RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17.06.94, p. 15.707; MI 20-4-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.11.96; MI 506-MS, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05.06.97; MI 102-PE, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 12.02.98.
70. PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 126, embora admita a ação para a defesa do direito coletivo, não a aceita para a defesa de direito difuso, sob o argumento de que o mandado de injunção se confundiria com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não concordamos com a autora, uma vez que, no mandado de injunção, a inconstitucionalidade da omissão é questão prejudicial. Isso significa que, mesmo sendo difuso o direito tutelado, o objeto da ação continua a ser um direito subjetivo.
71. MI 323-8-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14.02.92, p. 1.164. Nesse mandado de injunção, deixou seu relator assentado que: "Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omisso quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor". No mesmo sentido, MI 382-3, DJU de 12.02.93 e MI 337-8, DJU de 07.02.92. Na doutrina, é favorável a esse entendimento do STF Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 374.

66. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito...*, op. cit., p. 247.

67. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 450. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas". In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, op. cit., p. 364-365; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito...*, op. cit., p. 247; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. 'As novas garantias constitucionais'. In: *Revista dos Tribunais*, n. 644, p. 14; MOREIRA, José Carlos Barbosa. 'Mandado de injunção'. In: *Revista de Processo*, v. 56, p. 110 e ss; CARRAZZA, Roque Antonio. op. cit., p. 352; PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 138; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 376; ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 156; HAGE, Jorge. op. cit., p. 135; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 132.

68. O STJ já decidiu que, para impetrar o mandado de injunção, não é necessário que a pessoa jurídica tenha sido constituída há pelo menos um ano, pois o art. 5º, inciso LXX, b, da Constituição, refere-se

privada, encarregada de atuar para tornar exercitável tal direito. Assim, *v. g.*, se o empregado quer reclamar um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço maior do que o mínimo de 30 dias, ele impetra o *writ* em face de seu empregador e não em face do Congresso Nacional, que é o competente para a elaboração da norma regulamentadora em causa.

Por conseguinte, para nós, a legitimidade passiva no mandado de injunção deve incidir sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que viria a suportar o ônus de eventual concessão do *writ* e não sobre a autoridade ou o órgão público responsável pela edição da norma regulamentadora, até porque a expedição da norma regulamentadora não é o objeto da injunção, mas sim o gozo imediato do direito. É bem verdade que, não raro, a pessoa incumbida de atuar para tornar realizável o direito é a mesma responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Mas quando inexistir essa coincidência, como no exemplo acima a respeito do aviso prévio, a parte passiva será exclusivamente aquela a suportar a concessão do *mandamus*⁷².

Convém esclarecer que o art. 102, I, *q*, da Constituição Federal – que fixa a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal –, e o art. 105, I, *h*, também da Constituição – que fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça, para processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta – não conferiram a estas autoridades e órgãos públicos a qualidade de sujeitos passivos da ação de mandado de injunção, mas simplesmente cuidaram de estabelecer competência para o processamento e julgamento desta ação.

72. Nesse sentido, BERMUDEZ, Sérgio. op. cit., p. 20-24, para quem “Nem há razão por que se haverá de trazer a autoridade ao processo, quando a sentença concessiva da injunção limitará seus efeitos ao impetrante, não se estendendo, pela falta de regra que lhe empreste efeito abrangente, a quem não tiver sido parte no processo”; VELLOSO, Carlos Mário. ‘A Nova Feição do Mandado de Injunção’. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 02, 1993, p. 281: “Sustento a tese de que está legitimada passivamente para ação do Mandado de Injunção a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença”; PIOVESAN, Flávia C. op. cit., p. 127: “sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção”; BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 252-253, que admite tanto a legitimidade passiva da autoridade ou do órgão público a que se imputa a omissão em litisconsórcio necessário com a parte privada ou pública que viria a suportar os efeitos da sentença, como a legitimidade exclusiva da parte que suportará o ônus de eventual concessão do *writ*.

4.5. Competência

A Constituição Federal não foi precisa quanto à definição da competência para processar e julgar o presente *writ*. Aparentemente, ela desejou concentrar tal competência no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Mas também atribuiu uma competência remanescente aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Com efeito, dispôs o texto constitucional sobre a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal. Como competência originária, cumpre-lhe processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q*). Como competência recursal, cabe à Suprema Corte julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, *a*). Percebe-se, daí, que a Constituição também conferiu competência originária aos Tribunais Superiores. Na há negar, outrossim, a competência recursal do STF para julgar, em recurso extraordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, III, *a*).

A Constituição também fixou a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, *h*). Essa ressalva à competência dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal certamente só será operacionalizada com a edição de lei definindo a competência destes órgãos.

Relativamente à Justiça Eleitoral, contudo, a própria Constituição já definiu competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais para processar e julgar o mandado de injunção em matéria de sua competência, com recurso para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 4º, V).

Cumpra às Constituições estaduais a definição da competência da Justiça Estadual para processar e julgar o mandado de injunção, quando a falta da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual, da administração direta ou indireta. Decerto, a seguir o modelo

federal, essa competência ficará concentrada nos Tribunais de Justiça, com algum resíduo, definido em lei, de competência dos órgãos judiciais de primeiro grau. Todas as Constituições estaduais já dispuseram a respeito⁷³.

4.6. Decisão e seus efeitos

A questão dos efeitos da decisão no mandado de injunção ainda nutre forte testilha na doutrina e na jurisprudência, posto que reflete certamente a controvérsia a respeito do objeto desta ação: visa o mandado de injunção à expedição da norma regulamentadora ou a garantir o exercício imediato do direito, independentemente de regulamentação?

Há três posições a respeito: (a) a que defende cumprir ao Poder Judiciário tão-somente elaborar a norma regulamentadora faltante; (b) a que sustenta caber uma simples declaração de inconstitucionalidade da omissão, dela dando conhecimento ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis e, finalmente, (c) a que prega competir ao Poder Judiciário garantir o imediato exercício do direito fundamental frustrado em face da omissão do poder público.

Não compartilhamos da primeira posição (a). Com efeito, não condiz com a natureza do instituto a idéia de elaboração da norma faltante. O mandado de injunção é ação constitucional de garantia da efetividade e do gozo imediato dos direitos subjetivos e não da completude do ordenamento jurídico-constitucional. Logo, ele não se destina à emanção da norma faltante com vistas a integrar a ordem jurídica lacunosa. Essa tarefa foi reservada, como veremos no próximo capítulo, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Tampouco podemos concordar com a segunda posição (b). Se não é próprio do mandado de injunção suprir as lacunas porventura existentes no ordenamento jurídico, não podemos transformá-lo, coerentes com a posição a ser aqui defendida, em um mero sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, o mandado de injunção não pode ser

73. Citem-se, a título de ilustração, a Constituição do Estado da Bahia, que previu a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente "os mandados de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Governador do Estado, da Assembléia Legislativa, de sua Mesa, dos Tribunais de Contas, do Prefeito da Capital ou do próprio Tribunal de Justiça, bem como de autarquia e fundação pública estadual" (art. 123, I, g), e a Constituição do Estado de São Paulo, que também previu a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente "os mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da Administração indireta, tornar inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição" (art. 74, V).

concebido como um meio através do qual o Judiciário declara a inconstitucionalidade da omissão e dá ciência da mora à autoridade ou ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis destinadas a suprir esta omissão.

Ora, não teria sentido o constituinte ter criado duas ações constitucionais para uma mesma finalidade, qual seja, a defesa da completude do ordenamento jurídico-constitucional. Imaginar tal hipótese é subestimar a inteligência e o bom senso do próprio legislador constituinte. Mais do que isso: é ignorar certos princípios de hermenêutica, notadamente aqueles que determinam atribuir às normas constitucionais o máximo possível de eficácia. Ora, como já advertia Carlos Maximiliano, o direito deve ser "interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".⁷⁴

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, em decisão adotada no MI 107-3, tornada o *leading case* na matéria, considerou que o mandado de injunção tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo em mora para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado, equiparando o presente *writ* à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁷⁵. Essa posição foi reiterada no MI 42-5⁷⁶ e no MI 168-5⁷⁷.

74. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 183.

75. MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21.09.90: "Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna)". Na doutrina, aplaudem essa decisão Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 251: "Destina-se o mandado de injunção a obter sentença que declare a ocorrência da omissão legislativa, com a finalidade de que se dê ciência ao órgão omisso dessa declaração para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). Vê-se, pois, que o alcance do mandado de injunção é análogo ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão" e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 317: "O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental".

76. Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 07.02.90, p. 507.

77. "O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível,

Esse entendimento inicial da Suprema Corte foi severamente criticado por parte significativa da doutrina, segundo a qual o Tribunal esvaziara a finalidade constitucional do mandado de injunção, tornando-o uma medida inócua e sem funcionalidade⁷⁸. Luís Roberto Barroso chegou, não sem ironia, a afirmar que, consoante essa orientação do Supremo Tribunal, a Constituição consagrou dois remédios constitucionais para que seja dada ciência da omissão ao órgão inerte, “e *nenhum* para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”⁷⁹.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, decerto acuado pelo desconforto da reprovação impingida pela comunidade jurídica em geral, fez reparos na sua posição original, abandonando a idéia de que o mandado de injunção tinha por objeto uma mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional a ser comunicada ao órgão omisso. De feito, no MI 283-5, impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º⁸⁰, do ADCT, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico

para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20.04.90, p. 3047).

78. Dura, porém acertada, foi a censura de José Carlos Barbosa Moreira, vazada nestes termos: “O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual diga-se entre parêntese, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação. Nem se responda que a isto, ou a pouco mais, se reduz em verdade, na própria Carta da República, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º (...). Não se afigura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida – e funesta; despoja de individualidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejamos sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência tão inócua? A prevalecer esse entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional), se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá que regular a matéria. Enquanto isso, é de desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado” (“SOS para o mandado de injunção”. In: *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11.09.90, 1º Caderno, p. 11).
79. *O Direito...*, op. cit., p. 257.

80. Art. 8º, § 3º, do ADCT: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos⁸¹.

Nesse mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, do ADCT, comunicando a decisão ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem e, finalmente, d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não

81. “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, par. 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 – QO) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada, ADCT, art. 8º, par. 3º – (...) – vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, par. 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14.11.91). No MI 284-3, Rel. p/ acórdão o Min. Celso de Mello, DJU de 26.06.92, impetrado com o mesmo fundamento do MI 283-5 (art. 8º, § 3º, ADCT), o STF, considerando a expiração do prazo dado anteriormente, sem que a norma regulamentadora fosse elaborada, entendeu desnecessária nova comunicação ao Congresso Nacional, facultando desde logo aos impetrantes ingressarem em juízo para a obtenção da reparação devida: “Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar; assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.

prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

É inegável o avanço proporcionado por esta decisão, se comparada com a posição anterior da Corte. Todavia, ela ainda se mostrou inconciliável com a natureza e a finalidade do instituto, de fazer valer imediatamente o direito frustrado pela omissão do poder público. Na decisão em comento, o Supremo Tribunal Federal não assegurou, como desejado pelo constituinte, o imediato exercício do direito violado pela inércia do legislador, reconhecendo ao impetrante tão-somente a faculdade de obter contra o poder público (no caso, a União) uma sentença de condenação, remetendo-o à desgastante e morosa via ordinária. Neste particular, absolutamente procedente a contundente crítica do Min. Marco Aurélio, em voto que proferiu naquela injunção, vazado nos seguintes termos:

"Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (...) Peço vênia, Senhor Presidente, para dissentar quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissa (...) e dissentar, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível".⁸²

Essa novel posição da Corte também foi consagrada no MI 232-1, impetrado com fundamento no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que assegurou isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendessem às exigências legais. Apesar de o art. 59 do ADCT haver fixado um prazo máximo de seis meses para a apresentação de projeto de lei a respeito e outros seis meses para o Congresso Nacional apreciá-lo, essa lei não foi editada. Nesse *writ*, o STF deferiu em parte o pedido para declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adotasse ele as providências legislativas necessárias para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de,

82. MI 283-5, DJU de 14.11.1991, JSTF, LEX 158, fevereiro de 1992, p. 110.

vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumprisse, passar o requerente a gozar da imunidade requerida⁸³.

É possível apreender dessa decisão uma esperançosa evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Efetivamente, apesar de também haver assinalado um prazo para a elaboração da norma regulamentadora, a Corte assegurou o exercício do direito, sem a necessidade de o impetrante buscar acertá-lo na instância ordinária. Vale dizer, não fosse a insistência do Tribunal em fixar um prazo para o órgão omissor editar a norma faltante, poderíamos aprofundar que o Supremo estaria penitenciando-se de seu equívoco inicial, conferindo à ação injuncional o seu digno papel de tutor da efetividade dos direitos fundamentais.

É oportuno ressaltar, porém, que nesse mandado de injunção (232-1), os Ministros Marco Aurélio, Carlos Mário Velloso e Célio Borja votaram pelo deferimento concreto do pedido, para garantir imediatamente o gozo do direito constitucional postulado, sem a necessidade de qualquer comunicação ou fixação de prazo ao órgão omissor. Lamentavelmente, esses Ministros restaram, afinal, vencidos. Prevaleceu, na Corte, a idéia de prévia fixação de prazo, para o órgão omissor purgar a mora.

Defendemos, aqui, a terceira posição (c). Efetivamente, não é dado ao mandado de injunção reivindicar a elaboração da norma regulamentadora, nem declarar a inconstitucionalidade da omissão a fim de dar ciência desta decisão à autoridade, entidade ou órgão inerte para tomar as providências cabíveis. O objeto da ação de mandado de injunção não é o de mero acerto da omissão do poder público, pois, neste caso, a *garantia* do exercício do direito fundamental continuará *sem garantia*.

Cumpra ao mandado de injunção, isto sim, uma função louvável e digna de um verdadeiro *writ* ativador da jurisdição constitucional das liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público.

83. "Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7.º do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida" (Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 27.03.92, p. 3.800).

Todavia, não podemos ignorar que, para tornar exercitável o direito fundamental paralisado em face da inércia do poder público, tem o Judiciário que *suprir* tal omissão, formulando a norma necessária para prover o caso concreto. Essa norma supridora da omissão consistirá no próprio provimento judicial, que estabelecerá os critérios relevantes e as condições necessárias para o desfrute imediato do direito, com vistas à resolução do caso concreto, sem qualquer solução de continuidade. Com o presente *writ of injunction*, portanto, o juiz não mais faz senão garantir o imediato desfrute de um direito fundamental, tornando realidade a sua pressuposta aplicabilidade imediata, a teor da normativa-principiológica consagrada no § 1º do art. 5º da Carta Federal. Daí afirmar-se que o mandado de injunção destina-se a conferir operacionalidade prática ao princípio da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), o que consiste, em última instância, em realizar o direito fundamental à efetivação da Constituição.

Nesse passo, entendemos que o mandado de injunção é uma ação especial que provoca o controle incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, por via da qual o Poder Judiciário é acionado para assegurar, no caso concreto, o exercício imediato dos direitos fundamentais violados pela omissão dos órgãos, entidades ou autoridades públicas em expedir a medida concretizadora. Na própria ação de injunção, reconhecida incidentalmente pelo Poder Judiciário a omissão inconstitucional do poder público, ele próprio formula a norma individual para o caso, viabilizando o gozo do direito. Nesse sentido, cumpre anotar a posição de José Carlos Barbosa Moreira, para quem, por meio do mandado de injunção,

"se pode pleitear e, eventualmente, conseguir que o Poder Judiciário, pelo seu órgão competente, primeiro formule a regra, que completamente, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em concreto, aquele direito, aquela liberdade constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, por exemplo, uma ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso, dirigida à pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, que estivesse resistindo ao exercício do direito, da liberdade, da prerrogativa, diante da falta de norma regulamentadora".⁸⁴

Para essa direção também apontam as lições de J. J. Calmon de Passos. Segundo o autor, o mandado de injunção

"não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora

84. 'Mando de injunção'. In: *Revista de Processo*, op. cit., p. 115.

do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutiva-mente, exercendo a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto".⁸⁵

Na doutrina, colhe-se a mesma opinião em José Afonso da Silva⁸⁶, Sérgio Bermudes⁸⁷, Othon Sidou⁸⁸, Celso Agrícola Barbi⁸⁹, Carlos Mário Velloso⁹⁰,

85. Op. cit., p. 98-99.

86. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 451-452: "Enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. (...). Compete ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente".

87. 'O Mandado de Injunção'. In: *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 24: "através do mandado de injunção, o juiz não apenas edita a norma regulamentadora, como também faz atuar sua vontade concreta. Em outras palavras, e sinteticamente, o juiz compõe a lide; resolve o conflito, assegurando, desde logo, o direito, a liberdade, a prerrogativa, cujo exercício a falta de norma regulamentadora tornava inviável. Não teria sentido o juiz apenas enunciar a norma faltante, quando a injunção se insere no sistema constitucional de garantia de direitos".

88. "Habeas data", mandado de injunção, "habeas corpus", mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição, p. 414-415: "O juiz julga o caso concreto, subsidiado nos princípios fundamentais da Constituição e atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum; tarefa que lhe incumbe como aplicador da lei em toda Ação, segundo a regra do art. 5º da LICC. Este, parece-nos, o caminho mais viável, ou menos ínvio, para manter em seu caráter energético uma garantia constitucional, sem arranhão de outros respeitáveis princípios da processualística. Aduz-se que o texto constitucional fala em 'conceder' o mandado de injunção, e essa concessão é atributo do Poder judicante, de que o dar ciência ou notificar, ou intimar o réu na ação é mero elemento instrumental, para efeito de dar cumprimento ao objeto do que foi concedido pela sentença".

89. 'Mandado de Injunção'. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Mandado de Segurança e de Injunção*, p. 391: "A fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto (...) é a de o juiz criar, para o caso concreto do requerente de MI, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda. Essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitado a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outro Poder".

90. 'As novas garantias constitucionais'. In: *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 14: "No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável".

96. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 156: "(...) o mandado de injunção guarda a finalidade de suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição dessas normas pela via de exceção (ou de defesa). (...) Pode-se afirmar que o mandado de injunção é um remédio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional".
97. *Mandado de Injunção*, op. cit., p. 132-133.
98. 'Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas'. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, op. cit., p. 364-367.
99. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 152.
100. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit., p. 207: "(...) qualquer pessoa está legitimada para propô-lo e a consequência é a declaração do direito pleiteado, feita diretamente pelo Judiciário, apesar da ausência da norma regulamentadora. Assim, a decisão judicial no *mandado de injunção* torna viável o exercício dos direitos constitucionalmente previstos".
101. *O Valor da Constituição*, op. cit., p. 142.
102. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, p. 131: O mandado de injunção "Trata-se de um instrumento voltado a garantir o direito constitucional fundamental do impetrante que, por falta de regulamentação, se torna inefetivo. Diversamente da inconstitucionalidade por omissão, não se pretende obrigar o legislador a preencher a lacuna que inviabiliza o exercício de direito, mas garantir por força da sentença judicial a aplicação imediata do preceito constitucional fazendo cessar a lesão decorrente da omissão. Não há que se falar em ação legislativa do judiciário, mas simplesmente numa aplicação direta da Constituição ao caso concreto".
103. *A fiscalização...*, op. cit., p. 376: "Parece acertado, todavia, que o mandado de injunção autoriza o Judiciário a remover os obstáculos ao exercício do direito constitucional (...). Neste caso, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas, sim, possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência a sua pretensão, a fruição do direito não exercitado em face da falta da norma regulamentadora. A norma jurídica individual 'criada' pelo Judiciário não seria diferente das normas jurídicas concretas veiculadas por qualquer decisão judicial".
104. 'Mandado de Injunção e Eficácia dos Direitos Constitucionais ante a Supremacia da Constituição'. In: *Revista da OAB-BA*, nº 01, ano 01, julho de 2002, T. II, p. 173. Segundo o jovem autor, "o mandado de injunção é um meio de tutela da força normativa da Constituição que propicia ao Poder Judiciário que, no exercício da jurisdição, constatando apresentar o autor as condições previstas pela hipótese de incidência da norma constitucional atributiva de direito ou prerrogativa, bem como a inércia legislativa consubstanciadora de inconstitucionalidade por omissão, dota a aludida norma de eficácia, integrando a lacuna existente, bem como de efetividade o direito cujo exercício estava obstado".

Por vezes, essa decisão injuntiva do Judiciário se limita a *revelar a dimensão normativa autônoma* de alguns direitos fundamentais, ou sejam, aqueles direitos que, detentores de normatividade, atualidade, positividade e autonomia, são suscetíveis de aplicabilidade direta, não obstante a Constituição os colocar sob a reserva de lei. É o caso, por exemplo, do direito de proteção aos locais de culto e a suas liturgias, garantido na forma da lei (CF, art. 5º, VI). A inexistência da lei aí requerida não impedirá o exercício desse direito constitucionalmente consagrado, uma vez que, por meio do mandado de injunção, o juiz pode criar, para o caso, uma norma asseguradora da proteção em tela. Ou, do direito à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, assegurado nos termos da lei (CF, art. 5º, VII), hipótese em que o juiz ou o tribunal competente, na ausência da lei, pode proferir decisão no sentido de que essas entidades coletivas marquem dia, hora e local destinados ao gozo do direito de assistência¹⁰⁵.

Há situações, sem dúvida, em que a resolução do mandado de injunção exigirá do juiz certa dose de criatividade. Imagine-se a hipótese de alguém desejar exercer o direito de escusa de consciência (CF, art. 5º, VIII), sendo impedida sob o argumento de que ainda não existe a lei prevendo a prestação alternativa. O juiz terá, inevitavelmente, de atuar criativamente para suprir a omissão dessa lei (ele mesmo fixando uma alternativa razoável e adequada para o caso concreto), a fim de conferir realidade prática ao direito em tela. Suponha-se, também, um cidadão portador de deficiência desejar ter acesso, por concurso público, a cargos ou empregos públicos dentro da reserva que a Constituição lhe assegurou, cujo percentual será definido em lei. Partindo do suposto de que a lei ainda não existe, o juiz, reconhecendo a falta da norma regulamentadora, fixará esse percentual, potencializando o direito em causa.

O direito é que não pode ficar à espera do legislador ordinário, como o amanhecer à espera do sol, se foi o próprio povo, através do poder constituinte, que o criou, para ser exercido e desfrutado, sem percalços ou óbices de qualquer ordem.

Enfim, se o mandado de injunção é garantia do exercício imediato dos direitos fundamentais contra a inércia do poder público; se ele tem por objeto remover a lesão, consistente na falta da norma regulamentadora, a um direito, a fim de que o mesmo possa ser imediatamente desfrutado, não

105. CANOTILHO, J. J. Gomes. "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas". In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, op. cit., p. 365.

temos dúvida de que ele comporta, à semelhança do mandado de segurança, a concessão de medida liminar, quando presentes os seus requisitos de admissibilidade. Nesse sentido lecionam Roque Carrazza¹⁰⁶, Othon Sidou¹⁰⁷, Luís Roberto Barroso¹⁰⁸, J. J. Calmon de Passos¹⁰⁹ e Carlos Ari Sundfeld¹¹⁰.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, até coerente – admita-se – com o seu entendimento até então anacrônico a respeito do objeto do mandado de injunção, firmou orientação no sentido de ser incabível a medida liminar. Segundo a Corte, não há como se admitir em sede liminar um provimento cujo alcance nitidamente ultrapassa os limites da decisão a ser proferida afinal¹¹¹.

Vale registrar, porém, uma louvável sinalização do Supremo Tribunal Federal pela efetividade da ação do mandado de injunção. Em três mandados de injunção coletivos impetrados por sindicatos de servidores públicos reivindicando para seus substituídos a viabilização do direito de greve do art. 37, VII, da Constituição, o STF, por maioria de votos, admitiu os pedidos para *garantir o imediato exercício do direito* em tela, segundo os critérios previstos na lei de greve do setor privado. Eis, em resumo, os principais fatos ocorridos em torno das ações mencionadas:

"O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo – SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF (...). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora

106. Op. cit., p. 353 e 359.

107. "Habeas data", mandado de injunção, "habeas corpus", mandado de segurança, ação popular. *As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição*, op. cit., p. 416.

108. *O Direito...*, op. cit., p. 262.

109. Op. cit., p. 121.

110. Op. cit., p. 151.

111. MI 335, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 01.08.91; MI 342-4 (Medida Liminar), Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 01.08.91; MI 487, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.06.95; MI 520-6 (Medida Liminar), Rel. Min. Celso de Mello, RDA; MI 530-3 (Medida Liminar), Rel. Min. Maurício Correia, DJU de 08.03.96; MI 535-4, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 14.03.96; MI 536-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 17.04.96 e MI 569, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05.02.98.

específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Por fim, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do *writ*, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional." (MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-07, Informativo 485).

Em decisão mais recente, o STF julgou procedente mandado de injunção para garantir a impetrante o exercício imediato do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º¹¹², da Constituição Federal. A Suprema Corte

112. Art. 40, § 4º: "É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física."

reconheceu que a ação de mandado de injunção tem natureza *mandamental*, e não simplesmente declaratória da omissão, e se destina a tornar efetiva norma constitucional de ordem a viabilizar o direito nela assegurado. No caso específico, decidiu o Supremo que, inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral, prevista no artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91¹¹³.

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para garantir aos impetrantes imediatamente o direito à aposentadoria especial e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei n. 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, em sede de processo administrativo. Cumpre destacar que,

113. Conferir a ementa do julgado: "Mandado de injunção - Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção - Decisão - Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - Trabalho em condições especiais - Prejuízo à saúde do servidor - Inexistência de lei complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91." (MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-08-07, DJ de 30-11-07). Neste caso, o Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.

na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam *monocraticamente* e *definitivamente* os casos idênticos, sem a necessidade da apreciação do Plenário da Corte.

Enfim, relativamente ao Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal, evoluiu, em síntese, de uma *posição não-concretista* (MI 107) para assumir uma *posição concretista*. No entanto, mesmo adotando uma posição concretista, a Suprema Corte se alternou, por muito tempo, entre aceitar uma *posição concretista individual intermediária* (MI 283), com a qual assegurou o exercício do direito pelo impetrante somente após obter título judicial hábil na instância ordinária; e uma *posição concretista individual direta* (MI 721), com a qual garantiu o exercício do direito pelo impetrante imediatamente, sem a necessidade de obter título judicial hábil na instância ordinária. Mais recentemente, com o julgamento de Mandados de Injunção tendo por objeto o direito de greve, a Corte admitiu uma *posição concretista geral direta* (MI 712), tendo em vista os efeitos gerais e *erga omnes* de sua decisão, que firmou um precedente extensivo a todos os servidores públicos, além daqueles que compuseram o rol de substituídos pelos sindicatos-substitutos impetrantes.

Assim, pode-se apresentar a seguinte evolução no STF:

- *Posição Não-Concretista*: MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21.09.90. Considerou a Corte que o mandado de injunção tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo em mora para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado, equiparando o presente *writ* à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
- *Posição Concretista Individual Intermediária*: MI 283-5, impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º¹¹⁴, do ADCT, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos.

114. Art. 8º, § 3º, do ADCT: "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição".

- *Posição Concretista Individual Direta*: MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-08-07, DJ de 30-11-07. No caso específico, decidiu o Supremo que, inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral, prevista no artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91. Assim, o STF garantiu ao impetrante o exercício imediato do direito à aposentadoria especial e determinou a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, a ocorrer em sede de processo administrativo. Na sessão plenária do dia 15.04.2009, o Supremo Tribunal Federal, julgando diversos Mandados de Injunção, resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam *monocraticamente* e *definitivamente* os casos idênticos, sem a necessidade da apreciação do Plenário da Corte.
- *Posição Concretista Geral Direta*: MI 712, Rel. Min. Eros Grau; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-07. Em três mandados de injunção coletivos impetrados por sindicatos de servidores públicos reivindicando para seus substituídos a viabilização do direito de greve do art. 37, VII, da Constituição, o STF, por maioria de votos, admitiu os pedidos para *garantir o imediato exercício do direito* em tela, segundo os critérios previstos na lei de greve do setor privado.

5. HABEAS DATA

Trata-se também de ação inédita no direito brasileiro, concebida para a proteção do direito de acesso a dados ou informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Pressupõe o indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constituindo tal situação requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*.

Está prevista no art. 5º, LXXII, da Constituição, segunda o qual *conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.*

Entende-se por *entidade governamental* as pessoas jurídicas de direito público (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e seus respectivos órgãos públicos) e as entidades integrantes da Administração

Pública indireta (as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista). Já a *entidade de caráter público* é toda aquela depositária de informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de seu uso privativo (exemplo: as entidades de proteção ao crédito, como o SPC, o SERASA, entre outras).

A Lei federal nº. 9.705/97 regulou o seu rito processual. Considerou de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que *sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo* do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

Trouxe a lei uma novidade. Ampliou o âmbito de tutela do *habeas data* para compreender a determinação de anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Elucidativos os acórdãos abaixo sobre a presente ação,

"O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu triplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. O acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*." (RHD 22, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-9-91, DJ de 1º-9-95).

"Mandado de segurança. *Habeas data*. CF, art. 5º, LXIX e LXXII. Lei 9.507/97, art. 7º, I. O *habeas data* tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF, art. 5º, LXXII, *a* e *b*). No caso, visa a segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF: MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, Plenário, 3-12-2003, DJ de 23-4-04." (RMS 24.617, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-5-05, DJ de 10-6-05).

6. AÇÃO POPULAR

6.1. Considerações gerais

A ação popular¹¹⁵ foi introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1934 (art. 113, nº 38¹¹⁶), inicialmente limitada como meio de proteção do patrimônio público. Suprimida pela Carta autoritária de 1937 e restaurada à dignidade constitucional pela Constituição democrática de 1946 (art. 141, § 38), a ação popular foi mantida pela Constituição de 1967 (art. 150, § 31) e por sua Emenda nº 01/69 (art. 153, § 31), constando atualmente consagrada na previsão do art. 5º, inciso LXXIII¹¹⁷, da Constituição de 1988.

Seu objeto de proteção, ao longo de sucessivos diplomas constitucionais, mereceu demasiada ampliação, a ponto de, hodiernamente, prestar-se tal remédio constitucional à tutela, para além do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Sua disciplina legal repousa na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que lhe traçou um procedimento específico e aspectos processuais próprios. Segundo seu perfil constitucional e legal, a ação popular constitui forma de manifestação direta da soberania popular, em face da qual o próprio povo toma a iniciativa de defender, preventiva ou corretivamente, a coisa pública, considerada um direito fundamental da coletividade (*uti universi*).

Na clássica e já conhecida conceituação de Hely Lopes Meirelles, ação popular "é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos".¹¹⁸

115. Para uma leitura aprofundada sobre ação popular, conferir ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo*. 2ª ed., Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008; RODRIGUES, Geisa de Assis. 'Da Ação Popular'. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, PP. 213-262.

116. Art. 113, nº 38: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulabilidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

117. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

118. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87.

6.2. Requisitos específicos da ação

De saída, impende pontuar que a propositura da ação popular pressupõe, inexoravelmente, o preenchimento de dois requisitos, um de ordem *subjetiva*, e outro de caráter *objetivo*.

A partir da vertente subjetiva, só poderá ajuizar ação popular o cidadão brasileiro no pleno gozo dos seus direitos políticos. Este requisito será melhor analisado no tópico referente à legitimidade ativa.

O segundo requisito, de ordem objetiva, é a necessidade de existência do binômio ilegalidade-lesividade. Vale advertir que, não só o ato ilegal (contrário ao direito), mas também o ato ilegítimo (aquele que ofende os princípios mais caros à Administração Pública) podem dar ensejo ao cabimento da ação popular. Assim, o ato (ou omissão) do poder público a ser impugnado, deve, necessariamente, causar *lesão* ao patrimônio público, seja por *legalidade* ou por *ilegitimidade*.

Relevante anotar, por oportuno, que esta *lesividade* deve ser entendida a partir de um sentido mais amplo. Vale dizer, não só os atos que causem prejuízo patrimonial, mas também aqueles que ofendam outros valores (artísticos, culturais, ambientais, morais, etc.), igualmente agasalhados pela Constituição, devem ser reprimidos.

Finalmente, cumpre salientar que o direito de propositura da ação popular prescreve em cinco anos (art. 21 da Lei nº 4.717/65), e, atualmente, a prescrição deve ser decretada de ofício pelo juiz da causa.¹¹⁹

6.3. Finalidade da ação

Da mesma forma que outros direitos ligados à soberania popular - sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular -, insertos no rol dos direitos políticos, a ação popular também se consolida como importante instrumento de democracia e participação política.

Sua finalidade poderá ser tanto *preventiva*, como *repressiva*.

Preventivamente, a ação será ajuizada antes de se consumarem os efeitos lesivos do ato. Repressivamente, por seu turno, será proposta após a concretização da lesão, objetivando o ressarcimento do dano causado.

Ademais, conforme já sinalizado, a ação popular também poderá ostentar finalidade *corretiva* (para combater atos: atividade administrativa), bem como *supletiva* (visando sanar omissões: inatividade administrativa).

119. De acordo com a Lei nº 11.280, de 16.02.2006, que deu nova redação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e revogou o art. 194 do Código Civil de 2002.

Em suma, a ação popular poderá ter natureza repressiva ou preventiva, contra ato comissivo ou omissivo do poder público. Todavia, jamais poderá ser confundida com o mandado de segurança, pois possui fins diversos daqueles protegidos por este remédio. Nesse sentido, prescreve a Súmula 101 do STF: "O mandado de segurança não substitui a ação popular."

6.4. Objeto da ação popular

O objeto da ação popular é todo *ato lesivo* ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Esse *ato lesivo* deve ser compreendido a abranger, além das ações, também as *omissões* do poder público lesivas àqueles bens e valores jurídicos. A esse respeito, a própria Lei nº 4.717/65 dispôs acerca das omissões, quando incluiu entre os possíveis réus da ação popular as autoridades, servidores ou administradores que "por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão".¹²⁰

É indubitável, portanto, a idoneidade da ação popular para provocar o controle incidental de constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público, quando lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Na primeira hipótese, o juiz declara incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, solucionando a controvérsia com a invalidação (nulidade ou anulabilidade) do ato concreto lesivo e expedido com base naquela lei ou ato normativo inconstitucional, condenando os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele ao pagamento de perdas e danos¹²¹; na segunda hipótese, o juiz supre a omissão inconstitucional, desatando o litígio com a condenação das autoridades omissas numa obrigação de fazer consistente na prevenção ou reparação da lesão.

O art. 4º, da Lei nº 4.717/65, enumera, num rol não-taxativo, algum atos com *presunção de ilegitimidade e lesividade*, passíveis de serem atacados por ação popular. Todavia, afora os casos específicos, também podem ser objeto desta ação os atos das entidades elencadas no art. 1º da referida lei, que tragam consigo qualquer vício em algum dos elementos do ato administrativo, quais sejam: competência (ou sujeito), objeto (ou conteúdo), forma, motivo e finalidade (art. 2º e parágrafo único).

120. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional..., op. cit., p. 207 e Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular..., op. cit., p. 88.

121. Segundo o art. 11 da LAP (Lei nº 4.717/65), a "sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa".

Desta forma, afigura-se patente que a enumeração da lei é meramente exemplificativa, permitindo novas hipóteses de atos atacáveis por ação popular, dès que presentes os requisitos da ilegalidade (ou ilegitimidade) e lesividade ao patrimônio público.

Com efeito, assim como em mandado de segurança, não cabe ação popular para invalidar *lei em tese*¹²², aquela dotada de alto grau de abstração e generalidade. Entretanto, em se tratando de lei de efeitos concretos, por se aproximarem dos atos administrativos, ao menos do ponto de vista material, tem-se entendido que é cabível a ação popular.

6.5. Legitimidade *ad causam*

6.5.1. Legitimidade ativa

Conforme já ventilado, todo cidadão brasileiro¹²³, no gozo dos direitos políticos, é parte legítima para propor ação popular, agindo como substituto processual de toda a população. Dessa forma, o único legitimado a ajuizar esta ação é o cidadão eleitor, que terá de comprovar esta situação mediante a apresentação do título eleitoral ou de documento a ele equivalente, como, por exemplo, uma certidão da Justiça Eleitoral.¹²⁴

Este cidadão, quando do ajuizamento da ação popular, precisa estar acompanhado de advogado, salvo se ostentar esta condição e não houver empecilho para que litigue contra o poder público.

Outrossim, nada obstante a divergência doutrinária existente, entende-se que o cidadão menor de 18 anos não necessita de assistência para a propositura da ação popular. Se este pode exercer sozinho o seu direito de voto, não há porque restringir o direito ao ajuizamento deste remédio constitucional que, da mesma forma, constitui manifestação do exercício de cidadania.¹²⁵

122. Do mesmo modo, tem-se entendido que não cabe ação popular contra ato judicial (STF, AgRgPet n. 2.018-9-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.2.2001 e RTJ 186/141), ressalvadas as decisões judiciais homologatórias de acordo (REsp 536762/RS, Processo nº 200300659670, Min: Eliana Calmon, 2ª T. – DJU 15.08.2005 p. 240).

123. Isso significa que os estrangeiros e as pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor esse remédio constitucional. Vide súmula nº 365 do STF: "Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular".

124. Pode também propor esta ação o português equiparado, no gozo dos seus direitos políticos, devendo, para tanto, comprovar esta qualidade mediante a apresentação do certificado de equiparação de gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor.

125. Com idêntico pensar, RODRIGUES, Geisa de Assis. 'Da Ação Popular'. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), Ações Constitucionais, Salvador: Edições JusPodivm, p. 278 e MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 168. Em sentido contrário, exigindo a necessidade de assistência em relação aos jovens de 16 e 17 anos, SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 781.

Vale salientar, ainda, que em decorrência da amplitude da legitimação para o ajuizamento deste remédio constitucional, não está o cidadão adstrito ao seu domicílio eleitoral quando da propositura da ação. Nesse sentido, tendo em vista a máxima efetividade dos direitos fundamentais, poderá o autor popular exercer este direito constitucionalmente assegurado, ainda que o litígio se verifique em comarca distinta da sua.

O Ministério Público, por sua vez, não possui legitimidade para instaurar a ação popular. Todavia, à luz do art. 9º, da Lei nº 4.717/65, está autorizado a dar continuidade à ação proposta pelo cidadão em caso de abandono ou desistência, e não assunção da titularidade da mesma por nenhum outro legitimado.

6.5.2. Legitimidade passiva

À luz da literalidade do art. 6º, *caput*, da Lei nº 4.717/65, tem-se que: "a ação popular será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários direito do mesmo".

Depreende-se da leitura do mencionado dispositivo que, em sede de ação popular, ocupando o pólo passivo da relação jurídica processual, sempre haverá um ente da Administração Pública direta ou indireta, ou então pessoa jurídica que de algum modo trate com dinheiro público.

A lei da ação popular, em seu art. 6º, § 3º, ainda possibilita à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, contra cujo ato se ajuíze a ação, a abstenção de contestar o pedido, ou até mesmo a possibilidade de atuar ao lado do autor, dès que isso se mostre útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

6.6. Competência

A competência para processo e julgamento da ação popular será fixada a depender da origem do ato ou omissão a serem impugnados, devendo-se aplicar, para tanto, as regras de competência previstas na Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional.

Caso se trate de ato proveniente de uma autoridade federal, dúvidas não restam que a competência para o julgamento do feito será da Justiça Federal. Noutro giro, em se tratando de autoridade estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual.

É digno de nota que, ordinariamente, a ação popular deverá ser proposta perante o juízo de primeiro grau, não havendo que se falar em foro por prerrogativa de função, nem mesmo para o Presidente da República. Assim, ao contrário, por exemplo, do mandado de segurança, não há nenhuma previsão expressa, na Constituição de 1988, de competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de ação popular.

6.7. Liminar, sentença e coisa julgada

Atualmente, com a inserção do § 4º ao art. 5º da lei da ação popular, através Lei nº 6.513/77¹²⁶, a liminar está expressamente admitida.

A sentença proferida na ação popular fará coisa julgada *erga omnes*, exceto na hipótese de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, caso em que qualquer cidadão poderá propor outra ação, com idêntico fundamento, assentada em novas provas (LAP, art. 18).

Dessa forma, é possível sistematizar que, em caso de procedência da ação, as conseqüências serão: *a)* a invalidade do ato impugnado; *b)* condenação em perdas e danos dos responsáveis e beneficiários; *c)* condenação dos réus às custas judiciais e honorários advocatícios; *d)* produção da eficácia de coisa julgada *erga omnes* (artigos 11, 12 e 18 da LAP).

Vale ressaltar que, em ambas as hipóteses de improcedência (seja por deficiência probatória, ou mesmo por não ser caso de ação popular), o autor ficará isento de custas judiciais e ônus de sucumbência, salvo se tiver agido de má-fé.

Andou bem o legislador, nesse sentido, pois a partir desta previsão criou-se um mecanismo a obstaculizar a utilização indevida deste remédio constitucional, com finalidade eminentemente político-partidária e *eleitoreira*, a prejudicar eventuais desafetos políticos.

Finalmente, tendo em vista os interesses tutelados nesta sede, prescreve o art. 19, da Lei nº 4.717/65, que, em caso de carência ou improcedência da ação, a sentença estará sujeita a duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos enquanto não confirmada pelo tribunal. Trata-se do reexame necessário, que visa salvaguardar o interesse público presente nestes processos.

126. Art. 34 da Lei nº 6.513, de 20.12.77: "Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado".

7. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública¹²⁷ é um dos mais significativos meios de efetivação das normas constitucionais na defesa coletiva dos direitos fundamentais. Essa ação coletiva foi criada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que fixou a disciplina da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo¹²⁸.

Posteriormente, a Constituição de 1988 consagrou a ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público¹²⁹, "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". A partir daí, sucederam-se outras leis, dispondo sobre a referida ação coletiva: a Lei nº 7.853/89, que fixou como objeto de sua tutela os interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que dispôs sobre a responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; e a Lei nº 8.069/90, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulou a proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais assegurados às crianças e aos adolescentes.

Mas foi com o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que a ação civil pública ganhou contornos mais precisos e teve seu objeto ampliado para abranger, muito além dos interesses e direitos

127. Sobre a ação civil pública, vide *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos* (vários autores, coord. Édís Milaré), 2ª ed., 2002; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*, 4ª ed., 1996; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís e NERY JÚNIOR, Nelson. *Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, 1984; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública e tombamento*, 2ª ed., 1987; MILARÉ, Édís. *Ação civil pública na nova ordem constitucional*, 1990; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 9ª ed., 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*, 1995; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 15ª ed., 1994 e Marcelo Abelha Rodrigues, *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, pp. 263-337.

128. Quando da elaboração da Lei 7.347/85, o inciso IV de seu art. 1º, que previa a tutela de outros interesses difusos, foi vetado. Todavia, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), foi reintroduzido o inciso IV ao art. 1º da LACP, por força do art. 110 do CDC, com a expressão *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*. Ademais disso, a Lei nº 8.884/94 acrescentou o inciso V ao mesmo art. 1º, para nele incluir a expressão *por infração da ordem econômica*.

129. Não obstante, a própria Constituição estabelece que a legitimação do Ministério Público para propor a ação civil pública não impede a de terceiros (art. 129, § 1º). E a LACP conferiu legitimidade também às entidades estatais (União, Estados e Municípios) e suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem assim às associações (art. 5º). Porém, é justo reconhecer que o Ministério Público tem sido, historicamente, o mais destacado legitimado desta ação coletiva na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

difusos¹³⁰ e coletivos¹³¹, a categoria dos direitos individuais homogêneos¹³². Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor determinou o acréscimo do art. 21 à Lei da ação civil pública, segundo o qual se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais com base na LACP, no que couber, as disposições do Título III do próprio CDC (arts. 81 a 104).

Assim, com o novo perfil, podemos garantir que a ação civil pública tem por finalidade a tutela jurídica de todos os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ela pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (LACP, art. 3º). Vale dizer, o pedido *imediato* a ser formulado, isto é, a providência jurisdicional requestada terá, em geral, natureza *condenatória*, *lato sensu*¹³³.

Porém, quando a ação civil pública tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, "o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor" (LACP, art. 11). Na verdade, hoje se entende que, na hipótese, o juiz deverá conceder a *tutela específica* da obrigação ou determinar as providências que garantam o resultado prático equivalente ao do adimplemento (CDC, art. 84)¹³⁴, podendo essa tutela ser antecipada liminarmente, como autoriza o art. 84, § 3º, do CDC, aplicável à ação civil pública com fundamento na LACP (art. 21¹³⁵), quando relevante for o fundamento da demanda e houver justificado receio

de ineficácia do provimento final. Evidentemente que, se não for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, a solução será a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos.

A sentença proferida em sede de ação civil pública, fugindo excepcionalmente à regra dos efeitos *inter partes*, fará coisa julgada *erga omnes*¹³⁶, limitada, porém, à competência territorial do órgão judicial prolator (LACP, art. 16, com a nova redação dada pela Lei nº 9.494/97)¹³⁷. Os efeitos da coisa julgada, entretanto, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente. Contudo, se procedente o pedido formulado na ação, os efeitos beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução da sentença (CDC, art. 103, § 3º). Essa extensão dos limites subjetivos da coisa julgada confere aos titulares de direito individual que não fizeram parte do processo da ação civil pública, o benefício de valer-se da condenação genérica decorrente desta ação coletiva para buscar a satisfação de seu direito individual, sem a necessidade de propor nova ação de conhecimento.

A sentença, todavia, não fará coisa julgada, se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação civil pública com idêntico fundamento, desde que se valha de novas provas.

Em razão, fundamentalmente, da eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública, alguns autores pregam a inidoneidade desta ação como meio de provocar o controle incidental de constitucionalidade dos atos do poder público¹³⁸. Alegam, em suma, que a ação civil pública, em face desses efeitos *erga omnes*, funcionaria como um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, o que acarretaria, em consequência, uma

130. Consideram-se *interesses* ou *direitos difusos*, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC, art. 81, parágrafo único, I). Ex.: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à proteção ao patrimônio histórico, cultural e artístico.

131. Consideram-se *interesses* ou *direitos coletivos*, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, art. 81, parágrafo único, II). Ex.: direito ao não aumento abusivo de mensalidades de consórcios ou de escolas.

132. Consideram-se *interesses* ou *direitos individuais homogêneos*, os decorrentes de origem comum (CDC, art. 81, parágrafo único, III). Ex.: direito dos contribuintes relativamente a determinado tributo.

133. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar), p. 26.

134. Nesse sentido, NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1530. Segundo os autores, "O tratamento processual dado à ação condenatória de obrigação de fazer ou não fazer, pelo CDC 84 e §§, é de aplicação integral às ações propostas com fundamento na LACP, por expressa determinação legal (LACP 21). Esta norma da LACP 11, ora comentada, se encontra superada pelo CDC 84 e §§, que trata mais pormenorizadamente da matéria".

135. De recordar-se que o art. 21 da LACP, acrescentado pelo próprio CDC, dispõe que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC, que trata da defesa do consumidor em juízo (arts. 81 a 104).

136. É importante ressaltar, contudo, que a exceção da coisa julgada *erga omnes* nos processos concretos não foi uma inovação introduzida pela LACP. Já antes de seu advento, a Lei nº 4.717/65 (Lei da ação popular), como visto acima, instituíra a coisa julgada *erga omnes* em ações dessa jaez (art. 18).

137. Essa restrição legal depõe contra a natureza das coisas. Imagine-se a absurda hipótese de uma sentença judicial de divórcio ou de investigação de paternidade só valer na circunscrição judicial do órgão prolator.

138. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 396-403. Assevera o autor que para não subverter o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, "tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais" (p. 399). No mesmo sentido, ALVIM, Arruda. 'A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor'. In: *Revista de Processo*, v. 81, p. 130-131 e WALD, Arnoldo. 'Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)'. In: *Revista Forense*, v. 329, p. 09.

usurpação da competência concentrada do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *a*) ou dos Tribunais de Justiça dos Estados (CF, art. 125, § 2º). O próprio Supremo Tribunal Federal, a princípio, adotou cegamente essa orientação doutrinária¹³⁹. Contudo, em arestos posteriores, a Corte foi mudando seu entendimento para admitir, em certos casos, a ação civil pública como meio idôneo de provocação de controle de constitucionalidade, desde que a questão constitucional configure simples questão prejudicial da pretensão deduzida¹⁴⁰.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no sentido de que, tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, é perfeitamente cabível a ação civil pública para provocar o controle incidental da constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público. Por outro lado, não caberia esta ação, se ela estiver preordenada a defender interesses ou direitos difusos ou coletivos, uma vez que, nessas hipóteses, a decisão a ser prolatada teria efeito verdadeiramente *erga omnes* e teria a mesma eficácia de uma ação direta de inconstitucionalidade, pois alcançaria todos, partes ou não, na relação processual¹⁴¹.

139. Reclamação nº 434, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 09.12.1994. Do voto do relator, pode-se extrair a seguinte passagem: "A leitura do acervo aqui produzido faz ver que o objeto precípua das ações em curso na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a '...decretar a ilegalidade da medida...' (fls. 34). Ocorre que a 'medida' tida por ilegal é a própria lei. E o juízo de inconstitucionalidade da lei só se produz como *incidente* no processo comum - controle difuso - ou como escopo precípua do processo declaratório de inconstitucionalidade da lei em tese - controle concentrado".

140. Na Reclamação nº 602-6/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03.09.1997, foi lavrado acórdão com a seguinte ementa: "RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contrárias, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação". Na Reclamação nº 600-0/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 03.09.1997, restou explicitado, num trecho de sua ementa, que: "8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública (art. 16, da Lei n. 7.347/85), não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF (...). 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar".

141. Reclamação nº 554-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 26.11.1997. Na aludida reclamação, o relator exarou a seguinte decisão: "Os reclamantes afirmam que está ocorrendo usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei (CF, art. 102, I, *a*), por ato do Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária

Em que pese a consagração deste último entendimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ousamos, todavia, dele dissentir. De feito, somos de opinião de que, independentemente de o interesse ou direito

de Minas Gerais, praticado em autos de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal, ao conceder medida liminar suspendendo todas as execuções extrajudiciais por eles promovidas no Estado de Minas Gerais, relativas a créditos decorrentes de financiamentos habitacionais, garantidos por hipotecas incluídas sobre as unidades imobiliárias financiadas, que tenham por base o Decreto-lei n. 70/66 e as Leis ns. 5.741/71 e 8.004/90. Alegam, em síntese, que a ação civil pública foi utilizada como substitutiva de ação direta de inconstitucionalidade, da competência deste Tribunal, porque não existem fatos concretos a embasar o pedido; aduzem, ainda, que a eficácia *erga omnes* da decisão impugnada (art. 16 da Lei n. 7.347/85) impede a aplicação dos preceitos legais dentro do território de jurisdição do Juiz reclamado, submetendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal. Pedem o trancamento da ação civil pública (fls. 2/28, 270/271). Juntam documentos (fls. 29/263). 2. Não concedi a liminar requerida (fls. 279). 3. A inicial da referida ação é expressa ao pedir a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* dos artigos 31 e 32 do Decreto-lei n. 70/66, artigo 1º, primeira parte, da Lei 5.741/71 e artigos 19 e 20 da Lei 8.004/90, dentro dos limites do Estado de Minas Gerais (fls. 168, itens *a* e *c*). 4. As informações prestadas pelo reclamado notificam que todas as ações estão calcadas em dados concretos e visam solucionar pendências surgidas em cada um dos Estados da Federação, em face de instituições financeiras distintas e que insere-se esta declaração de inconstitucionalidade, no chamado controle difuso, inerente a todos os Órgãos do Poder Judiciário. 5. O Procurador-Geral da República opina pela procedência da reclamação. 6. Os efeitos da decisão alcançam, apenas, os mutuários do sistema financeiro de habitação perante as agências dos 6 (seis) mutuantes, destinatários da decisão impugnada, dentro do território do Estado de Minas Gerais, com exclusão, portanto, daqueles que contraíram empréstimos com os mesmos mutuantes fora do território mineiro e, dentro deste, perante outras instituições financeiras. Em suma, só alcança as instituições financeiras que são partes na relação processual esta-delecionada na ação civil pública e, menos ainda, numa determinada porção do território nacional. 6.1 Desta forma, em se tratando de pessoas identificáveis, com direitos individuais homogêneos, a que se refere o inciso III do art. 81 da Lei n. 8.078/90, a decisão só alcança este grupo de pessoas, cabendo adaptar, para o caso concreto, o alcance do efeito *erga omnes* desta decisão, tal como previsto no art. 16 da Lei n. 7.347/85, não se confundindo o seu alcance com o das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6.2 Situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão teria efeito *erga omnes*, na acepção usual da expressão e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alcançaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil. 6.3 Por estas mesmas razões, não tem aplicação a este caso o que ficou decidido na RCL n. 434-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.12.93, unânime, in RTJ 154/13, em que o objeto da reclamação não teve por fim o julgamento de uma relação jurídica concreta, mas a validade de lei em tese, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*, da CF). 6.4 Entendo que, embora haja um parentesco entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, pois em ambas se faz o controle de constitucionalidade das leis, na primeira é feito o controle difuso, declarando-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, e com eficácia, apenas, aos que são réus no processo, enquanto que na segunda é feito o controle concentrado e com efeito *erga omnes*. 6.5 Acrescento que as ações civis públicas estão sujeitas a toda a cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição, de forma que os reclamantes têm à sua disposição adequados e valiosos instrumentos para sustentarem as suas razões. 6.6 De resto, estes são os fundamentos dos acórdãos das Reclamações ns. 597-SP, Rel. Min. Marco Aurelio e para o acórdão o Min. Neri Da Silveira, 600-SP, Rel. Min. Neri Da Silveira, e 602-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgadas pelo Plenário na recente Sessão de 03.09.97. 7. Ante o exposto e com a vênio do parecer do Procurador-Geral da República, nego seguimento ao pedido, ficando prejudicado o pedido de liminar. Intime-se. Brasília, 13 de novembro de 1997. Ministro Maurício Corrêa, Relator".

tutelado ser difuso, coletivo ou individual homogêneo, sempre é possível o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, desde que, evidentemente, a questão constitucional seja suscitada como mero incidente ou questão prejudicial do objeto principal da demanda. Nessa hipótese, a aferição da constitucionalidade está limitada ao caso concreto, servindo de simples fundamento ou causa de pedir da pretensão deduzida. O objeto da ação civil pública, portanto, não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim uma composição de um determinado conflito de interesses, isto é, de uma lide.

Se assim o é, a controvérsia da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público a ser solucionada na ação civil pública, uma vez suscitada como um mero incidente ou questão prejudicial, *não faz coisa julgada*, a teor do art. 469, III, do Código de Processo Civil. Ora, se o desate da questão constitucional não faz coisa julgada, não há falar, em consequência, de coisa julgada *erga omnes* da declaração incidental da inconstitucionalidade de um ato ou de uma omissão do poder público, pois esse fenômeno – coisa julgada *erga omnes* – se limita tão-somente à parte dispositiva da sentença¹⁴². Destarte, não procede o argumento habitualmente invocado de que a ação civil pública, como instrumento de controle de constitucionalidade, é empregada como um substituto da ação direta de inconstitucionalidade, em face dos efeitos *erga omnes* da sentença nela proferida. A declaração incidental de inconstitucionalidade pronunciada na ação civil pública, não difere, em nada, daquela exprimida no mandado de segurança coletivo ou em outra ação de natureza coletiva ou individual. Ela é argüida simplesmente como um antecedente lógico e necessário à solução de uma controvérsia e para propiciar a decisão a respeito do pedido formulado.

142. Nesse sentido e concordando com a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por meio de ação civil pública, pouco importando se o interesse ou direito tutelado é difuso, coletivo ou individual homogêneo, Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 241-242, para quem: "(...) em ação civil pública ou coletiva é perfeitamente possível exercer o controle incidental de constitucionalidade, certo que em tal hipótese a validade ou invalidade da norma figura como *causa de pedir* e não como *pedido*. É indiferente, para tal fim, a natureza do direito tutelado – se individual homogêneo, difuso ou coletivo –, bastando que o juízo de constitucionalidade constitua antecedente lógico e necessário da decisão de mérito"; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado...*, op. cit., p. 1504: "O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Assim, o *pedido* na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como *causa de pedir* a inconstitucionalidade de lei, enquanto o *pedido* na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn". Também concordando com a idoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucional: Lenio Luiz Streck, op. cit., p. 384-389.

Em decisão de 24 de dezembro de 2000, o Supremo Tribunal Federal firmou nova orientação, para admitir, sem restrições quanto ao interesse tutelado, a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do poder público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que a controvérsia constitucional seja suscitada como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal¹⁴³.

A ação civil pública, enfim, dada a sua destinação constitucional e legal, tem se revelado como um dos mais importantes e mais completos instrumentos de controle incidental de constitucionalidade na proteção dos direitos subjetivos. No que concerne ao controle das omissões do poder público, essa ação coletiva tem a virtude de propiciar uma atuação judicial abrangente no controle para a implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais¹⁴⁴. Por meio dela, por exemplo, o Ministério Público pode e até deve propor ao Judiciário um efetivo controle do poder público na realização de políticas públicas determinadas vinculativamente pela Constituição nas áreas sociais (como, por exemplo, na saúde, educação, previdência, assistência, cultura, criança e adolescente, idoso, portador de deficiência, meio ambiente e índio).

E não se diga, a propósito, que o controle judicial das políticas públicas consistiria numa indébita intromissão do Poder Judiciário na esfera da competência discricionária de outro Poder. O juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos, tão invocado para afastar a tese da *judicialização das políticas públicas*¹⁴⁵, não autoriza a omissão destes poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais.

143. Rcl 1733-SP (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello: "Ação Civil Pública. Controle Incidental de Constitucionalidade. Questão Prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina". No mesmo sentido: Rcl 2.224, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/02/06.

144. Conferir, a propósito, a excelente obra de Eduardo Appio: *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba: Juruá Editora, 2005.

145. A respeito do tema, vide COMPARATO, Fábio Konder. 'Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas'. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 138, abril/junho, 1998, p. 39-48; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 'A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas'. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002 e FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max

De feito, a atividade discricionária do poder público, modernamente, vem sendo cada vez mais reduzida e delimitada, em decorrência da consagração de importantes princípios constitucionais conformadores da atuação dos poderes, a exemplo dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal formal e substantivo, da razoabilidade e proporcionalidade, da moralidade administrativa, da eficiência, da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, da continuidade do serviço público, da igualdade, da justiça social, da economicidade, entre outros.

Dentro desse novo contexto, as políticas públicas determinadas constitucionalmente não se inserem no âmbito da discricionariedade do poder público quanto ao “se” da atuação, mas tão-somente quanto ao “como” de sua realização. Ora, existindo norma constitucional determinando seja prestada certa utilidade ou benefício social, não há que se falar em liberdade ou discricionariedade administrativa, pois a liberdade do administrador cessa ante o texto explícito da Constituição. Resta-lhe, apenas, uma certa liberdade, porventura conferida pelo direito, na escolha quanto à providência adotada, *que deve ser necessariamente a ideal*, com capacidade para atingir com exatidão a finalidade da norma constitucional, para a plena satisfação do interesse da coletividade.

Isso induz à inelutável conclusão de que não dispõe o poder público de plena liberdade para proceder às opções indiscriminadas na execução das políticas públicas. Ele deve se conduzir consoante os parâmetros principiológicos acima apontados, notadamente aqueles fixados na Constituição de 1988 como objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º). Nesse sentido, importa observar as ponderações de Fábio Konder Comparato, para quem

“Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170, VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino médio (art. 208, II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203. Escusa lembrar que tais objetivos são

Limonad, 2000. Inclusive, segundo esta última autora, “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração” (p. 95). Assim, a margem de discricionariedade do administrador, na consecução de políticas públicas impostas pela Constituição, é mínima, uma vez que os limites já foram postos pela própria Carta Magna (p. 146-147).

juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado”.¹⁴⁶

Assim, mesmo diante de uma liberdade administrativa, é inegável o controle judicial da constitucionalidade dos atos ou omissões relacionadas às políticas públicas. A liberdade administrativa, acaso conferida pelo direito, jamais pode significar espaço para escolhas desarrazoadas entre indiferentes jurídicos. Significa, isto sim, apenas

“o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda”.¹⁴⁷

Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um “piscinão” ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente.

A inconstitucionalidade por omissão de políticas públicas, sindicável incidentalmente por meio de ação civil pública, descortina-se ante uma abstenção indevida do poder público em ofertar, por exemplo, educação gratuita à criança e ao adolescente, saúde pública a todos, assistência aos carentes, possibilidade de integração social ao deficiente, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção ao meio ambiente, proteção ao idoso e demarcação das terras indígenas. É nesse contexto que se defende o controle judicial da constitucionalidade dos atos e das omissões relativas à implementação das políticas públicas, para tanto sendo extremamente útil a ação civil pública.

A tão defendida insindicabilidade das políticas públicas, na verdade, encerra uma falsa idéia ou ao menos uma falsa antinomia entre as políticas públicas e o controle judicial, certamente por estar assentada em premissas falsas e inconsistentes, como aquela respeitante ao princípio da separação de Poderes, cujo tema já foi enfrentado neste trabalho. Cumpre apenas recordar que o princípio da separação de Poderes deve ser articulado com

146. ‘Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas’. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 138, abril/junho, 1998, p. 45.

147. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*, p. 47.

outros princípios constitucionais de igual magnitude, a fim de que sejam compatibilizados entre si e possam conviver harmoniosamente no sistema jurídico-positivo que integram, sem que um esgote o conteúdo ou debilite a eficácia e a importância do outro. É exatamente com esse *espírito conciliador* que devemos necessariamente compreender os princípios da separação de Poderes e o do controle judicial¹⁴⁸. Em consequência, percebemos que é puramente ideológica, e não científica, a resistência que se tem apresentado à admissibilidade do controle judicial das ações referentes à implementação das políticas públicas.

Em suma, o controle judicial da constitucionalidade das políticas públicas tem por fim justamente o confronto de tais políticas com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo. E a ação civil pública, reiterar-se, apresenta-se como um expedito e amplo remédio para attingir esse desígnio.

148. Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 'A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas'. In: Edis Milaré (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*, p. 784-785.

CAPÍTULO XVII

DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Sumário • 1. O Princípio Federativo e o Estado Federal: 1.1. Estado Federal e Estado Unitário; 1.2. Estado Federal e Estado Regional; 1.3. Estado Federal e Confederação de Estados; 1.4. Características comuns do Estado Federal; 1.5. Estado Federal e tipos de Federalismo – 2. O Federalismo Brasileiro: 2.1. Origem e evolução histórica do federalismo brasileiro; 2.2. A Organização Política do Estado brasileiro – 3. A repartição de competência: 3.1. O princípio da predominância do interesse; 3.2. Técnicas de repartição de competência – 4. A repartição de competência na Constituição brasileira de 1988: 4.1. A repartição horizontal de competência. Técnicas; 4.2. A repartição vertical de competência – 5. Competências e sua classificação: 5.1. Competência legislativa; 5.2. Competência não legislativa ou material; 5.3. Outras competências – 6. A União: 6.1. A posição da União na Federação; 6.2. Brasília: sede do governo da União; 6.3. Bens da União; 6.4. Competência material: 6.4.1. Exclusiva; 6.4.2. Comum; 6.5. Competência legislativa: 6.5.1. Privativa. A delegação de competência aos Estados; 6.5.2. Concorrente – 7. Os Estados federados: 7.1. A posição dos Estados-membros na Federação. O poder constituinte decorrente das Assembléias Legislativas; 7.2. Competência material (privativa e comum); 7.3. Competência legislativa (privativa e concorrente). A competência suplementar; 7.4. Bens dos Estados – 8. O Distrito Federal: 8.1. A posição do Distrito Federal na Federação e suas competências – 9. Os Municípios: 9.1. O Município nas Constituições anteriores: 9.1.1. O Município na Constituição do Império; 9.1.2. O Município na Constituição de 1891; 9.1.3. O Município na Constituição de 1934; 9.1.4. O Município na Constituição de 1937; 9.1.5. O Município na Constituição de 1946; 9.1.6. O Município na Constituição de 1967; 9.2. As competências do Município na Constituição Federal de 1988: 9.2.1. A competência legislativa; 9.2.2. A competência material – 10. Os Territórios Federais: 10.1. Natureza; 10.2. Organização; 11. Intervenção: 11.1. Conceito; 11.2. Intervenção Federal; 11.3. Intervenção Estadual; 11.4. Formalidades comuns; 12. A Administração Pública: 12.1. Conceito; 12.2. Organização: 12.2.1. Administração direta; 12.2.2. Administração indireta; 12.3. Regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública: 12.3.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 12.3.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público; 12.3.3. Princípio da Legalidade; 12.3.4. Princípio da Impessoalidade; 12.3.5. Princípio da Moralidade; 12.3.6. Princípio da Publicidade; 12.3.7. Princípio da Eficiência; 12.3.8. Princípio da Finalidade Pública; 12.3.9. Princípio da Presunção de Legitimidade; 12.3.10. Princípio da Autotutela; 12.3.11. Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos; 12.3.12. Princípio da Motivação; 12.3.13. Princípio da Responsabilidade do Estado. 12.3.14. Princípio do acesso universal aos cargos, empregos e funções públicas; 12.3.15. Princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos; 12.3.16. Princípio da obrigatoriedade da licitação; 12.4. Dos Servidores Públicos: 12.4.1. Agentes Públicos; 12.4.2. Espécies de Agentes Públicos; 12.4.2.1. Agentes políticos; 12.4.2.2. Agentes ou servidores administrativos do Estado; 12.4.2.3. Agentes particulares em colaboração com o Estado; 12.4.3. Direitos dos trabalhadores extensivos aos servidores públicos. O direito à livre associação sindical e o direito de greve; 12.4.4. Remuneração e subsídio do servidor; 12.4.5. Estabilidade do servidor; 12.4.6. Previdência do servidor; 12.5. Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; 12.6. Das Regiões.

1. O PRINCÍPIO FEDERATIVO E O ESTADO FEDERAL

Quando examinamos os princípios fundamentais do título I da Constituição brasileira, destacamos que o princípio federativo é *princípio estruturante ou de organização* que define a *forma de Estado* adotada por uma Constituição.

O princípio federativo é princípio que consagra a forma de *Estado Federal*, estruturada a partir da *união indissolúvel* de mais de uma organização política, no mesmo espaço territorial do Estado, compartilhando de seu poder. O *modo* e a *intensidade* do exercício do poder pelas entidades federadas ou componentes do Estado Federal dependerão da estrutura da federação adotada por cada Constituição.

1.1. Estado Federal e Estado Unitário

O Estado Unitário – também denominado de Estado simples – é aquele que possui *governo único*, conduzido por uma única entidade política, que exerce, forma *centralizada*, o poder político. Mesmo quando se revela como um Estado Unitário descentralizado, “as competências dos governos locais estão subordinadas ao governo central, que, por seu Poder Legislativo, pode restringir-lhes a autonomia”¹.

Já o Estado Federal é aquele que possui *mais de um governo*, vale dizer, aquele que se compõe de mais de uma organização política, todas elas politicamente autônomas em consonância com a própria Constituição. Em razão disso, no Estado Federal a autonomia dos governos locais (Estados-membros, Distrito Federal e, no Brasil, Municípios) está a salvo das incursões do governo central (União), tendo em vista que a autonomia dos entes federados ou federativos está assegurada pela própria Magna Carta.

1.2. Estado Federal e Estado Regional

Para os autores que defendem a existência de um Estado Regional, este seria um modelo intermediário entre o Estado Unitário e o Estado Federal. Ou seja, é um Estado menos centralizado do que o Estado Unitário, mas que não chega a ser tão descentralizado a ponto de assumir a forma de um Estado Federal. Para Juan Ferrando Badia², são exemplos de Estado Regional a Espanha e a Itália.

A rigor, o chamado Estado Regional é apenas uma forma *descentralizada* de Estado Unitário, que, não obstante, não afasta a superioridade política e jurídica que o poder central exerce sobre os poderes regionais.

1. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.
2. BADIA, Juan Ferrando. *El Estado Unitário, el Federal y el Estado Regional*. Madrid: Ed. Technos, 1978.

1.3. Estado Federal e Confederação de Estados

Impõe-se distinguir Federação da Confederação. Enquanto a Federação é a *união indissolúvel* de Estados *autônomos* com base *numa Constituição*; a Confederação é a *união dissolúvel* de Estados *soberanos* com lastro *num tratado internacional*.

Vê-se, pois, que os Estados federados que integram a Federação não têm soberania, mas apenas autonomia, porquanto encontram limites de sua atuação na própria Constituição. Já os Estados confederados que compõem uma Confederação gozam de soberania e, por conta disso, ocupam posição de preeminência jurídica diante da Confederação³.

Para além disso, a união dos Estados federados em torno da Federação se dá de forma incindível, indissolúvel e permanente. Já na Confederação, a reunião dos Estados confederados é temporária, cindível, que comporta o chamado *direito de secessão*.

1.4. Características comuns do Estado Federal

A primeira característica do Estado Federal é a *autonomia* assegurada às ordens políticas periféricas e à ordem política central. Essa autonomia decorre de um processo da descentralização política, que deve ser necessariamente conduzido e realizado pela própria Constituição, através de uma *repartição de competência*. Assim, em primeiro lugar, o Estado Federal só existe se composto de partes autônomas, dotadas, por conseguinte, de competências próprias necessárias para dispor de seus assuntos específicos.

A posse de competências próprias, contudo, não é suficiente para a integral satisfação dessa primeira característica. É que, como salienta a doutrina, ao conceder competências, a Constituição impõe encargos, para cujo cumprimento é imprescindível a existência de recursos financeiros suficientes. Surge a necessidade, pois, “de um equilíbrio entre tarefas e rendas, de forma que não basta estarmos diante de uma repartição constitucional de competências (encargos) sem o devido acompanhamento do suporte financeiro (por via de arrecadação ou repasse de verbas) para a consecução dos objetivos fixados na Lei Maior”⁴.

“Por tal fato, impõe-se, ao lado da repartição constitucional de competências, anotar a necessidade de que os Estados ou mesmo a União tenham

3. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.
4. ARAUJO, Luiz Alberto David. ‘Características comuns do federalismo’. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43, pp. 39-52, 1995.

rendas próprias todas consagradas na Constituição Federal, pelos motivos anteriormente expostos⁵.

Outra importante característica é a necessidade da participação das vontades parciais (dos governos regionais: *Estados federados*) na formação da vontade geral (do governo central: *União*). Essa característica é bem sintetizada por Michel Temer: "cada qual das unidades federadas deve participar, com sua manifestação, da vontade federal. Assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, asomadas decisões emanadas das vontades locais. Essas deliberações são tomadas por meio de órgão representativo das unidades federadas. Atribui-se-lhes, costumeiramente, o nome de 'Senado Federal' "⁶.

Nas Federações, é comum a adoção de um sistema bicameral, onde coexistem duas casas legislativas: uma que representa o povo (entre nós denominada de Câmara dos Deputados) e outra que representa as vontades parciais (entre nós denominada de Senado). A casa representativa das vontades parciais deve ter composição *paritária*, ou seja, todas as vontades parciais devem ser manifestadas por igual número de representantes.

A terceira característica do Estado Federal consiste na possibilidade de os Estados-membros se *auto-organizarem por meio de Constituições próprias*. Ora, não bastam a posse de competências constitucionais privativas e a participação na vontade geral, sendo imprescindível que as ordens parciais tenham condições de se auto-organizar por Constituições próprias, dispondo de um fundamento de validade de toda normatividade local. Segundo Luiz Alberto David Araujo, "Por tal característico, fica assegurada à vontade parcial a possibilidade de auto-organização, com Constituição própria, que poderá exigir a observância de certos princípios constantes da Constituição Federal"⁷.

Pela capacidade de auto-organização, os Estados-membros da Federação podem organizar seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dotando-lhes de funções típicas, respeitados os limites prescritos na Carta Federal.

A quarta característica da Federação é a sua *indissolubilidade*. O pacto federativo é indissolúvel, não se admitindo invocação do chamado direito de secessão, este previsto exclusivamente nas confederações. Tão importante

é essa característica que há severas sanções contra atos que a contrariem, como é o caso da medida da intervenção federal nos Estados-membros. A intervenção constitui, sem dúvida, um dos meios mais eficientes e expeditos para a manutenção do federalismo.

A quinta característica é a existência de uma *Constituição escrita e rígida* que contenha um *núcleo imutável que proteja o próprio pacto federativo*. Ora, como foi visto linhas atrás, a repartição de competência, como mecanismo de descentralização política, corresponde a um processo engendrado diretamente pela própria Constituição. Contudo, não basta a só existência de uma Constituição. Exige-se mais: é necessário que essa Constituição seja rígida e que torne o pacto federativo insuscetível de supressão, sob pena de restar frustrada a própria organização federal que o texto constitucional fundamentou.

Finalmente, exige-se a criação de um órgão constitucional responsável pelo controle da constitucionalidade das leis, notadamente das leis usurpadoras de competências recíprocas. Esse órgão, normalmente pertencente ao Judiciário, teria por finalidade assegurar a higidez do pacto federativo, impedindo que uma entidade federada invada a competência da outra. Ademais, teria por função resolver os conflitos federativos. Seria um Tribunal Federal.

Em suma, o Federalismo tem as seguintes características comuns:

- a) A indissolubilidade do pacto federativo.
- b) A descentralização política entre as vontades *central* e *regionais*. A Federação pressupõe a existência de, no mínimo, duas ordens jurídicas, uma central e outra parcial.
- c) A existência de uma Constituição escrita e rígida, com um núcleo imodificável que não permita a alteração da repartição de competências pela lei ordinária e até por emendas constitucionais.
- d) A existência de um órgão que represente e manifeste, paritariamente, a vontade dos membros da federação (esse órgão chama-se Senado).
- e) A autonomia financeira dos Estados-membros prevista na Constituição.
- f) A existência de um órgão encarregado pelo controle de constitucionalidade para evitar invasão de competências e os conflitos entre as ordens parciais.
- g) A auto-organização político-administrativa dos Estados-membros, através de Constituições próprias (poder constituinte decorrente) que organizem os seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.
- h) A autonomia recíproca entre ordem central e ordens parciais.

5. ARAUJO, Luiz Alberto David. 'Característicos comuns do federalismo'. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43, pp. 39-52, 1995.

6. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

7. ARAUJO, Luiz Alberto David. 'Característicos comuns do federalismo'. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44, pp. 39-52, 1995.

Como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, a Federação brasileira possui, seguindo as características comuns das Federações: a) uma repartição constitucional das competências entre as entidades que integram a Federação (CF/88, arts. 21, 22, 23, 24, 25, § 1º, 29, 30 e 32); b) a participação da vontade dos Estados-membros na vontade nacional; c) a possibilidade dos Estados-membros se auto-organizarem, por Constituições próprias (CF/88, art. 25); d) a cláusula da indissolubilidade da Federal (CF/88, art. 1º); e) uma Constituição *escrita e rígida* (CF/88, art. 60 e seu § 4º); e f) um Tribunal supremo para resolver os conflitos federativos, que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal, chamado, no exercício da jurisdição solucionadora desses conflitos, de Tribunal da Federação (CF/88, arts. 36, III e 102, I).

1.5. Estado Federal e tipos de Federalismo

O Estado Federal será delineado de acordo com o tipo de federalismo que adota. Lançando luzes sobre a experiência histórica das nações que se organizaram a partir da forma federativa de Estado, podemos identificar os seguintes tipos de federalismo:

- a) *Quanto à formação*, temos o federalismo por *agregação* e por *segregação*. O primeiro formado a partir de uma reunião de vários Estados (EUA); o segundo formado em face de uma divisão de Estado pré-existente (Brasil).
- b) *Quanto à maior ou menor concentração do poder*, temos o federalismo *centrípeto*, o *centrífugo* e o de *equilíbrio*. O centrípeto é o federalismo que proporciona uma maior concentração de poder no governo central (foi o que ocorreu no Brasil, com a Carta de 1967); o centrífugo implica numa maior descentralização, com redução dos poderes centrais e ampliação dos poderes regionais (EUA); e o de equilíbrio, que visa instaurar uma equilibrada e eqüitativa repartição de poderes entre os governos central e regionais (tendência da Constituição brasileira de 1988).
- c) *Quanto à repartição de competências*, pode ser *dual* (ou *clássico*) ou *cooperativo* (ou *neoclássico*). O federalismo dual consiste numa repartição de competências privativas entre as entidades federadas, que atuam como esferas distintas, separadas e independentes, não havendo entre elas qualquer tipo de cooperação ou colaboração recíproca (prevaleceu no Brasil na Constituição de 1891). Já o federalismo cooperativo, que surgiu como uma necessidade do Estado Social, caracteriza-se pela colaboração recíproca e atuação paralela ou comum entre os poderes central e regionais. (no Brasil, começou a partir da Constituição de 1934, muito acentuado na atual).

- d) *Quanto ao equacionamento das desigualdades*, fala-se de federalismo *simétrico* e *assimétrico*. O federalismo simétrico prima pela igualitária divisão de competências e de receitas. Já o federalismo assimétrico, sem perder de vista a igualdade entre as entidades federadas, busca adotar um mecanismo que promova a redução das desigualdades regionais; parte do pressuposto da existência de profundas desigualdades socioeconômicas entre os Estados federados e conduz a sua atividade em direção a reverter esse quadro, com a realização de programas destinados a determinadas regiões, tratando de forma diferente os diversos integrantes da Federação de molde a torná-los iguais (é o federalismo adotado pela Constituição de 1988).

2. O FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1. Origem e evolução histórica do federalismo brasileiro

Como já examinado no capítulo concernente aos princípios fundamentais, a Federação brasileira nasceu de um ato político, consubstanciado materialmente no decreto nº. 01, de 15 de novembro de 1889. As razões históricas residem essencialmente na necessidade de libertação das províncias do poder centralizador do Império.

Teve grande influência da Federação norte-americana. Nada obstante, em função do modelo de Estado que existia à época do Império, originou-se da divisão política do Estado Unitário, com a conversão das antigas províncias em Estados federados. Nesse particular, a Federação brasileira é de *formação* distinta daquela que lhe serviu de paradigma, pois é *por segregação*, e não por agregação.

No início, com fundamento na Constituição de 1891, a Federação brasileira era *dual* ou *clássica*, com uma repartição de competência que reservava áreas de atuação privativas e distintas entre a União e os Estados.

Com a Constituição de 1934, instala-se uma Federação organizada segundo o modelo de *federalismo cooperativo*, mas com concentração de poderes no governo da União. Isso porque, ao lado das competências privativas da União e dos Estados, estabeleceu atribuições concorrentes entre eles (art. 10), além de facultar a *União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações* (art. 9º). Permitiu também aos Estados uma *atuação supletiva ou complementar* para legislar sobre determinadas matérias visando suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta, a fim de atender as peculiaridades locais (art. 5º, § 3º).

Esse modelo, combinando competências privativas com competências concorrentes, prosseguiu nas Constituições seguintes, apesar da forte concentração de poderes no governo federal ocorrida nas Cartas de 1937 e 1967/69.

Enfim, a evolução do sistema federativo no Brasil mostra o predomínio da União sobre os governos dos Estados, apesar da passagem do federalismo dual para o federalismo cooperativo.

A Constituição de 1988 tentou solucionar essa desequilibrada repartição de poderes, com a adoção de técnicas próprias que buscaram conciliar uma divisão eqüitativa do poder entre a União e os Estados com a possibilidade de atuações concorrentes e comuns entre eles.

2.2. A Organização Política do Estado brasileiro

A Constituição de 1988 adotou um modelo de Estado Federal de *estrutura tríplice*, pois além de declarar que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), determinou que a sua organização político-administrativa *compreenda a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos*, nos termos da Constituição (art. 18).

A organização do Estado brasileiro, portanto, compreende os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos providos de competências próprias necessárias ao seu desenvolvimento e ao atendimento das carências e legítimas exigências de suas respectivas populações.

O delineamento e a extensão dessas competências dependem da forma de sua repartição.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

A repartição de competências traduz-se num processo de distribuição constitucional de poderes entre as entidades federadas e constitui o *ponto nuclear* da noção de Estado Federal. Com o propósito de realizar o princípio federativo em bases sólidas, a Constituição de 1988 entabulou uma partilha do poder político entre as entidades integrantes da Federação com vistas a uma racional e equilibrada organização política do Estado brasileiro, com a eliminação dos velhos problemas de concentração de poderes na União que se verificou durante toda a República. O objetivo da Constituição foi atingir um *federalismo de equilíbrio* entre a União, os Estados e os Municípios. Para esse fim, adotou-se uma repartição de competências informada pelo *princípio geral da predominância do interesse*.

3.1. O princípio da predominância do interesse

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades federativas é o da *predominância de interesses*, pelo qual cumpre a União as matérias e questões de predominante interesse geral, nacional; aos Estados cabem as matérias e assuntos de predominante interesse regional; e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.

Ocorre que atualmente nem sempre é fácil identificar se determinado assunto é de predominante interesse nacional ou regional ou local, razão por que foram concebidas determinadas *técnicas de repartição de competência* destinadas a auxiliar o constituinte na tarefa de dividir adequadamente o poder estatal.

3.2. Técnicas de repartição de competência

Todavia, essas técnicas de repartição de competência limitam-se a atuar na *divisão de poderes privativos* entre as entidades federadas, própria do federalismo clássico, e conjugam *poderes ou competências enumeradas e poderes ou competências remanescentes*. De um modo geral, essas técnicas manifestam-se no Direito comparado da seguinte forma:

- Enumeração dos poderes da União, ficando os remanescentes para os Estados. Adotam essa forma, EUA, Suíça, Argentina, México e Austrália.
- Enumeração dos poderes dos Estados, ficando os remanescentes para a União. Só é adotada pelo Canadá.
- Enumeração de todas as competências. Adotam essa forma, a Índia e a Venezuela. Cumpre esclarecer que, no Brasil, adota-se essa técnica na repartição de competências tributárias (CF/88, arts. 153, 155 e 156).

4. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira, à semelhança do sistema alemão, adota um "sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da *enumeração dos poderes da União* (arts. 21 e 22), com *poderes remanescentes para os Estados* (art. 25, §1º) e *poderes definidos indicativamente para os Municípios* (art. 30), mas combina com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da

União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto que se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar⁸. Vale dizer, estruturou-se no Brasil um sistema complexo de partilha de competência em que coexistem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, além das competências comuns, possibilitando-se, ademais, a participação dos Estados-membros nas competências próprias da União, mediante delegação.

As competências próprias da União estão enumeradas nos arts. 21 e 22 da Constituição Federal, que discriminam suas atribuições materiais e legislativas; as dos Estados-membros reservadas no § 1º do art. 25 (além das enumeradas nos §§ 2º e 3º e no art. 18, § 4º) e as dos Municípios indicadas no art. 30.

Além de competências próprias, dispõem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de competências materiais comuns discriminadas no art. 23 da Constituição.

Exercem a União, os Estados-membros e o Distrito Federal as competências legislativas concorrentes fixadas no art. 24 da Constituição, em relação às quais a União limita-se a editar normas gerais e os Estados e Distrito Federal, com competência suplementar (complementar e supletiva), a editar normas específicas. Em que pese o art. 24 não haver incluído o Município entre os entes da Federação com competência legislativa concorrente, não se pode ignorar que, por força do art. 30, II, da mesma Constituição, ele é titular da competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Por fim, a Constituição Federal permite, no parágrafo único do art. 22, que a União delegue aos Estados, *por lei complementar*, o poder de legislar sobre *questões específicas* das matérias objeto de sua competência legislativa própria.

Em relação à partilha da competência tributária, o constituinte adotou, genericamente, a técnica de enumeração de poderes para todas as entidades federadas, de modo que, como já ocorria no direito anterior, discriminou os tributos que cada entidade política pode instituir (145), enumerando os impostos da União (153), dos Estados e Distrito Federal (155) e os de competência dos Municípios (156). Com a União ainda ficou a competência residual (154, I), assim como o poder de instituir os impostos extraordinários (154,

II) e os empréstimos compulsórios (art. 148). Ademais, foi também prevista a participação dos Estados e do Distrito Federal no produto da arrecadação de impostos da União (art. 157 e art. 159, II e III) e dos Municípios no produto de arrecadação de impostos da União e dos Estados (art. 158 e 159, § 3º), além da destinação de determinados percentuais do produto de arrecadação de impostos federais ao fundo de participação dos Estados e do Distrito Federal, ao fundo de participação dos Municípios e a programas de financiamento ao setor produtivo das regiões norte, nordeste e centro-oeste (era. 159, I).

4.1. A repartição horizontal de competência. Técnicas

A repartição horizontal de competência é típica do federalismo dual ou clássico, onde há uma *atuação separada e independente* entre as entidades federadas. Por meio dessa repartição se outorgam competências *privativas* que só as entidades que as titularizam podem exercer.

Aqui, as entidades federadas atuam em áreas próprias e específicas, não podendo ocorrer a interferência de uma sobre a outra, sob pena de inconstitucionalidades.

No Brasil, as competências privativas foram repartidas horizontalmente através das seguintes técnicas: competências privativas *enumeradas* para a União; competências privativas *remanescentes* (ou *reservadas*) para os Estados e, finalmente, competências privativas *indicadas* (ou *enumeradas genericamente*) para os Municípios.

4.2. A repartição vertical de competência

A repartição vertical de competência é própria do federalismo cooperativo, onde há uma *atuação coordenada* entre as entidades federadas. Por meio dessa repartição, longe de se dividir poderes, há uma atribuição conjunta de competências à União e aos Estados e Distrito Federal que concorrem para legislar sobre determinadas e idênticas matérias. A atuação concorrente entre essas entidades se dará em *níveis distintos*: a União atua editando normas gerais; enquanto os Estados e o Distrito Federal limitam-se a suplementar essas normas gerais, editando normas especiais.

Têm-se aqui as competências concorrentes, *repartidas verticalmente*, com a União estabelecendo as normas gerais que devem ser observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal que podem, contudo, suplementá-las.

5. COMPETÊNCIAS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Com a divisão do poder, atribuem-se aos entes da Federação um conjunto de competências próprias para que possam dispor de assuntos próprios.

8. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 479.

Competências, portanto, são faculdades ou poderes de agir dos quais se servem as entidades federadas para tratar de temas que lhes dizem respeito e orientados para a realização do bem comum.

Com a atribuição de competências dotam-se as entidades federadas de *autonomia* para se organizarem e gerirem os assuntos de seus interesses. Providas de autonomia, as entidades da federação passam a exercer fundamentalmente *quatro capacidades*: 1) a *capacidade de auto-organização*; 2) a *capacidade de autolegislação*; 3) a *capacidade de autogoverno*; e 4) a *capacidade de auto-administração*.

As competências constitucionais classificam-se em dois grandes grupos, a saber: (a) *competência legislativa*; e (b) *competência material*.

5.1. Competência legislativa

A competência legislativa é aquela que credencia as entidades federadas a elaborar suas leis, para dispor de seu próprio direito, através de seu poder legislativo para tanto organizado.

5.2. Competência não legislativa ou material

A competência material, também chamada de competência não legislativa ou competência geral ou de execução, é aquela concebida para dispor sobre assuntos político-administrativos.

5.3. Outras competências

As competências ainda podem ser: (a) *exclusivas*, quando inadmitem delegação, isto é, na dicção de José Afonso da Silva, "quando é atribuída a uma entidade com a exclusão das demais"⁹; (b) *privativa*, quando, embora atribuída a uma só entidade, admite delegação a outra¹⁰. Essa distinção entre competências exclusiva e privativa não é aceita por alguns doutrinadores. Fernanda Dias Menezes de Almeida¹¹, apoiando-se em alguns autores, entende-as como expressões sinônimas, preferindo empregá-las indistintamente; (c) *comum*, é aquela competência concedida a todas as entidades federadas para disporem sobre matérias que exigem um esforço conjunto, simultâneo e paralelo de todas elas; (d) *concorrente*, consiste na possibilidade de mais de uma entidade tratar-se sobre o mesmo assunto, mas em níveis distintos; (e) *suplementar*, que é correlata com a competência concorrente, é aquela exercida

9. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 481.

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 481.

11. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 80.

pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para completarem, com normas específicas, as normas gerais da União (competência complementar) ou para suprirem a falta dessas normas gerais (competência supletiva).

6. A UNIÃO

6.1. A posição da União na Federação

A União é pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia política, responsável pelo comando do governo central e pelo exercício das competências lhe foram enumeradas na Constituição, para o atendimento dos assuntos de predominante interesse nacional.

A União tem natureza peculiar na Federação, uma vez que, ora atua como pessoa jurídica de direito constitucional, ora como pessoa jurídica de direito internacional. Na primeira hipótese, ela atua por si mesma, age em nome próprio, como entidade integrante da Federação. Na segunda hipótese, atua em nome da Federação (quer no plano interno, quando edita leis nacionais, quando intervém nos Estados-membros, quando decreta o estado de sítio e de defesa; quer no plano internacional, quando mantém relações com Estados estrangeiros, declara a guerra e celebra a paz).

Mas cumpre acentuar que a União, independentemente da competência que exerça, não é titular de soberania. A União só goza de autonomia, nos termos da Constituição (art. 18¹²). Titular de soberania é a República Federativa do Brasil¹³.

6.2. Brasília: sede do governo da União

Brasília é a Capital do País, que sedia o governo da União, os Poderes da República e as representações diplomáticas (Embaixadas) de outros Países e de onde partem as principais decisões que definem os destinos da Nação.

É, atualmente, a Capital Federal (CF, art. 18, § 1º), situada na região Centro-Oeste (Planalto Central), numa área cedida pelo Estado de Goiás, de 5.822 km², inaugurada pelo ex-presidente Juscelino Kubitschek em 21 de abril de 1960.

12. "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos *autônomos*, nos termos desta Constituição". Grifos nossos.

13. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e *tem como fundamentos*: I - a *soberania* (...)". Grifos nossos.

No período colonial, Salvador foi a sede política do Governo durante três séculos. Na Carta de 1824, a Capital do Brasil era o antigo Município da Província do Rio de Janeiro, que ficou conhecido como "Município Neutro" (art. 72), sede do Governo Central durante o Império, em face da ida da família real portuguesa para lá. A Constituição de 1891 transformou o "Município Neutro" em Distrito Federal, ainda sediado no Rio de Janeiro, que passou a ser a "Capital da União" (art. 2º), tal se repetindo sob a égide das Constituições de 34 (art. 15), 37 (art. 7º), 46 (art. 1º, § 2º) e 67 (art. 2º). Contudo, a Capital Federal, desde a Constituição de 1891 (art. 3º), já estava predestinada a ter sua sede no Planalto Central do País, o que veio a se concretizar na vigência da CF de 1946, cujo art. 4º do ADCT determinou que a Capital do País fosse transferida para o Planalto Central, o que ocorreu com a fundação de Brasília.

Com a CF de 1988, o Distrito Federal não é mais a Capital do País. Brasília, sediada no Distrito Federal, e com ele não se confundindo, ocupando apenas parte de seu território, passa a ser a nova Capital Federal, sede do Governo da República, e, por força da lei orgânica do DF, também sede do governo do Distrito Federal (art. 6º).

6.3. Bens da União

A Constituição Federal, no art. 20, dispõe que são *bens da União*:

- I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos.
- II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras¹⁴, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Conforme sustentamos noutro lugar, terras devolutas são terras públicas *lato sensu*, indeterminadas ou determináveis, sem nenhuma utilização pública específica e que não se encontram, por qualquer título, integradas ao domínio privado. Quando determinadas via ação discriminatória, passam a ser terras públicas *stricto sensu*. As terras devolutas pertencem, em regra, desde a Constituição de 1891 (art. 64), aos Estados-membros, excetuando-se aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, que são de propriedade da União, em consonância com o dispositivo em comento¹⁵.

14. De acordo com a súmula nº. 477 do STF: "As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores."

15. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (redação dada pela Emenda Constitucional nº. 46/2005).

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

VI – o mar territorial.

De acordo com a Lei federal nº. 8.617/93, o mar territorial brasileiro compreende uma *faixa de doze milhas marítima de largura*, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil (art. 1º).

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos.

São todos aqueles que, banhados pelas águas do mar ou dos rios e lagoas navegáveis (estes, exclusivamente, se *sofrerem a influência das marés*, porque senão serão terrenos reservados), vão até a distância de 33 metros para a parte da terra contados da linha do preamar médio, medida em 1831 (este ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução do art. 15, § 4º, da Lei de 15 de novembro de 1831). A influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra qualquer época do ano.

São terrenos acrescidos de marinha, os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

Os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União e integram seus bens dominicais. Não devem ser confundidos com praia que são bens públicos de uso comum.

VIII – os potenciais de energia hidráulica.

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos.

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios¹⁶.

16. STF, RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-96, DJ de 14-2-97: "A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Estas terras pertencem a União e são bens de uso especial.

Segundo a súmula nº. 650 do STF, "Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto." Assim, para o STF, "As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas."¹⁷

6.4. Competência material

À luz do texto constitucional, a União dispõe de (a) *competência material exclusiva* (art. 21) e (b) *competência material comum* (art. 23).

6.4.1. Exclusiva

A *competência material exclusiva* da União encontra-se enumerada no art. 21 da Constituição e compreende as seguintes matérias:

I- manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.

II- declarar a guerra e celebrar a paz.

III- assegurar a defesa nacional.

se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais."

17. RE 219.983, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-12-98, DJ de 17-9-99.

IV- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

V- decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.

VI- autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico¹⁸.

VII- emitir moeda.

VIII- administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

XIII- organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios.

18. STF, ADI 3.258, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-05, DJ de 9-9-05: "Competência da União para legislar sobre direito penal e material bélico. Lei 1.317/2004 do Estado de Rondônia. Lei estadual que autoriza a utilização, pelas polícias civil e militar, de armas de fogo apreendidas. A competência exclusiva da União para legislar sobre material bélico, complementada pela competência para autorizar e fiscalizar a produção de material bélico, abrange a disciplina sobre a destinação de armas apreendidas e em situação irregular."

XIV- organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal¹⁹, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

XV- organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional.

XVI- exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.

XVII- conceder anistia.

XVIII- planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

XIX- instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

XX- instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

XXI- estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

XXII- executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

XXIII- explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006*);

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006*);

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (*Incluída pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006*).

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

19. Conforme súmula nº 647 do STF: "Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do distrito federal."

6.4.2. Comum

O art. 23 da Constituição dispõe sobre a competência *material comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre lembrar que as matérias incluídas nessa competência comum podem ser tratadas paralelamente por todas as entidades da Federação, que têm, relativamente às mencionadas matérias, *responsabilidade solidária* para o seu cumprimento²⁰. Não sem razão que o parágrafo único do art. 23 prevê que *leis complementares* fixarão normas para a *cooperação* entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (*preceito já com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 53, de 2006*).

Essa competência abrangendo as seguintes matérias:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas²¹.

20. Interessante, a propósito, a seguinte decisão do STF, na ADI 2.544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-6-06, DJ de 17-11-06: "Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente."

21. Vide STF, ADI 3.338, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 31-8-05, Informativo 399: "O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora.

VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito²².

6.5. Competência legislativa

À luz do texto constitucional, a União dispõe de (a) *competência legislativa privativa* (art. 22) e (b) *competência legislativa concorrente* (art. 24).

6.5.1. Privativa. A delegação de competência aos Estados

Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal²³, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

O Supremo Tribunal Federal tem desenvolvido farta jurisprudência a respeito da competência legislativa da União prevista neste inciso. Por questões

proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei distrital 3.460/2004, que dispõe sobre o programa de inspeção e manutenção de veículos em uso no Distrito Federal. Entendeu-se que a norma impugnada não versa sobre matéria de trânsito, mas apenas institui serviço para viabilizar a inspeção veicular relativa ao controle de emissão de gases poluentes e ruídos, visando, assim, à proteção do meio-ambiente, de competência comum (CF, art. 23, VI)."

22. Essa competência, que é *material*, não diz respeito à legislação sobre trânsito que é privativa da União. Ver, a respeito, decisão do STF, na ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-6-07, Informativo 472: "Por considerar usurpada a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.787/2006, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o sistema de moto-service e dá outras providências. Asseverou-se que a lei impugnada não trata de estabelecimento e implantação de políticas e educação para a segurança do trânsito (CF, art. 23, XII), e, sim, visa oficializar e dar aspecto de legalidade à modalidade de transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas, o que não está previsto em lei federal. Precedente citado: ADI 2.606 (DJ de 7-2-03)."
23. De acordo com a *súmula* 722 do STF: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento." De observar-se que o Supremo não *distinguiu* entre *crime de responsabilidade* e *crime comum* previsto no CP e lei penal especial. Para nós há um equívoco da Corte, tanto que os eminentes ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio ressaltaram os seus entendimentos a respeito. Entendemos que crime de responsabilidade, que é crime apenas no nome, não passa de *infração de natureza político-administrativa*, que não diz respeito, por isso mesmo, ao direito penal.

didáticas, e em razão da relevância do conhecimento da jurisprudência da Corte, vamos dividir o inciso I por *algumas* das disciplinas nele contidas, apontando algumas decisões do tribunal, com as nossas considerações que se fizerem necessárias, se for o caso.

• Sobre direito civil e comercial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalar regidos por contratos de natureza privada, universalizando a cobertura de doenças (Lei n. 11.446/1997, do Estado de Pernambuco). Vício formal. Competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial e sobre política de seguros (CF, art. 22, I e VII). Precedente: ADI n. 1.595-MC/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19-12-02, Pleno, maioria." (ADI 1.646, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-8-06, DJ de 7-12-06). No mesmo sentido: ADI 1.595, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-3-05, DJ de 7-12-06.

"Normas que cuidam dos institutos da posse, da aquisição de propriedade por decurso do tempo (prescrição aquisitiva) e de títulos legitimadores de propriedade são de Direito Civil, da competência legislativa da União. CF, art. 22, I. II." (ADI 3.438, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-12-05, DJ de 17-2-06).

"Estacionamento de veículos em áreas particulares. Lei estadual que limita o valor das quantias cobradas pelo seu uso. Direito Civil. Invasão de competência privativa da União. Hipótese de inconstitucionalidade formal por invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito civil (CF, artigo 22, I). Enquanto a União regula o direito de propriedade e estabelece as regras substantivas de intervenção no domínio econômico, os outros níveis de governo apenas exercem o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, tendo em vista, sempre, as normas substantivas editadas pela União." (ADI 1.918, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 23-8-01, DJ de 1º-8-03). No mesmo sentido: ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 23-4-03, DJ de 13-6-03).

• Sobre direito penal:

De acordo com a *súmula* 722 do STF: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento." De observar-se que o Supremo não *distinguiu* entre *crime de responsabilidade* e *crime comum* previsto no CP e lei penal especial. Para nós há um equívoco da Corte, tanto que os eminentes ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio ressaltaram os seus entendimentos a respeito. Entendemos que crime de responsabilidade, que é crime apenas no nome, não passa de *infração de natureza político-administrativa*, que não diz respeito, por isso mesmo, ao direito penal.

• Sobre direito processual:

"O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, pedido formulado em ação direta proposta pelo Governador do Estado do Amazonas, para

declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, III e IV do art. 2º, bem como da expressão 'no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação', contida na parte final do caput do art. 3º, todos da Lei 50/2004, do Estado do Amazonas, que dispõe sobre a realização gratuita do exame de DNA. (...) De outra parte, entendeu-se que os demais incisos desse art. 2º seriam incompatíveis com o texto constitucional. *Ressaltou-se que o inciso I usurpava a competência privativa da União para legislar sobre direito processual* (CF, art. 22, I), ao estabelecer que o juiz decidirá sobre a gratuidade em definitivo, (...). (...) Já o inciso IV do referido art. 2º seria inconstitucional por tratar, da mesma forma, de matéria processual, na medida em que impõe, no prazo estabelecido, o cumprimento da decisão judicial que determinar o ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado-membro, o que afasta a incidência de normas sobre o efeito suspensivo dos recursos e sobre a execução das decisões judiciais previstas no CPC" (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-07, Informativo 462).

"À União, nos termos do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete privativamente legislar sobre direito processual. Lei estadual que dispõe sobre atos de juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas, tem natureza processual e não meramente procedimental." (ADI 2.257, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, DJ de 26-8-05).

"Invade a competência da União, norma estadual que disciplina matéria referente ao valor que deva ser dado a uma causa, tema especificamente inserido no campo do Direito Processual." (ADI 2.655, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-3-04, DJ de 26-3-04).

"Natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-Membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (art. 22, I da CF)." (ADI 2.212, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-10-03, DJ de 14-11-03).

• Sobre direito do trabalho:

"Implícito ao poder privativo da União de legislar sobre direito do trabalho está o de decretar feriados civis, mediante lei federal ordinária, por envolver tal iniciativa consequências nas relações empregatícias e salariais. Precedentes: AI 20.423, Rel. Min. Barros Barreto, DJ 24-6-59 e Representação 1.172, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 3-8-84." (ADI 3.069, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-05, DJ de 16-12-05). Cumpre registrar que a Lei federal nº 9.093, de 12.09.95, definiu quais são os feriados brasileiros, divididos entre civis (i - os declarados em lei federal; ii - as datas magnas dos Estados, fixadas em lei estadual e iii - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do município, fixados em lei municipal) e religiosos (dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão). Note-se que o referido Diploma representa a instituição das hipóteses de feriado, *exaustivamente* enumeradas pelo legislador federal, que delegou à lei estadual, no caso da data magna, e à lei municipal, nos casos do ano

do centenário e dos dias de guarda, tão-somente a fixação dos dias em que deverão recair aqueles feriados previamente concebidos. Assim, o que é vedado ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município é a instituição de um novo feriado civil, com todos os efeitos daí decorrentes.

"O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 1.314/2004, que impôs às empresas de construção civil, com obras no referido Estado-membro, a obrigação de fornecer leite, café e pão com manteiga aos trabalhadores que comparecerem, com antecedência de 15 minutos, ao seu primeiro turno de trabalho. Entendeu-se que a lei impugnada afronta o art. 22, I, da CF, que atribui à União a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho." (ADI 3.251, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 18-6-07, Informativo 472).

"Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada. *Ofensa à competência privativa da União* para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I)." (ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, DJ de 18-5-07).

"Edição, comercialização e distribuição do vale-transporte. Contrariedade ao art. 22, I, da Carta da República. A norma fluminense sob enfoque, ao dispor sobre direito de índole trabalhista, regulado por legislação federal própria (Lei n. 7.418/85), invadiu competência legislativa da União, expressa no mencionado dispositivo da Carta da República." (ADI 601, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 1º-8-02, DJ de 20-9-02).

II – desapropriação.

III – equições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra.

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

V – serviço postal.

VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais.

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.

VIII – comércio exterior e interestadual.

IX – diretrizes da política nacional de transportes.

X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial.

XI – trânsito²⁴ e transporte.

24. "Trânsito: idade mínima para habilitação a conduzir veículo automotor: matéria de competência privativa da União: inconstitucionalidade de legislação estadual a respeito." (ADI 476, Rel. Min.

- XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.
- XIII – nacionalidade, cidadania e naturalização.
- XIV – populações indígenas.
- XV – emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.
- XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.
- XVII – organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes.
- XVIII – sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais.
- XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular.
- XX – sistemas de consórcios e sorteios²⁵.
- XXI – normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- XXII – competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais.
- XXIII – seguridade social.
- XXIV – diretrizes e bases da educação nacional.
- XXV – registros públicos.
- XXVI – atividades nucleares de qualquer natureza.
- XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.

Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-2-99, DJ de 9-4-99). Vide também ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8-06, DJ de 8-9-06: "Lei do Estado do Pará. Serviço de transporte individual de passageiros prestado por meio de ciclomotores, motonetas e motocicletas. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF). Precedentes (ADI 2.606/SC)." No mesmo sentido: ADI 3.136, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-8-06, DJ de 10-11-06; ADI 3.055, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-11-05, DJ de 3-2-06: "Legislação sobre trânsito: competência privativa federal: CF, art. 22, XI. Lei 11.766, de 1997, do Estado do Paraná, que torna obrigatório a qualquer veículo automotor transitar permanentemente com os faróis acesos nas rodovias do Estado do Paraná, impondo a pena de multa aos que descumprirem o preceito legal: inconstitucionalidade, porque a questão diz respeito ao trânsito"; ADI 2.718, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-05, DJ de 24-6-05: "Lei 11.824, de 14.08.2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Inconstitucionalidade. O disciplinamento da colocação de barreiras eletrônicas para aferir a velocidade de veículos, por inserir-se na matéria trânsito, é de competência exclusiva da União (art. 22, XI, da CF/1988)"; ADI 2.582, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-03, DJ de 6-6-03: "Trânsito: competência legislativa privativa da União: inconstitucionalidade da lei estadual que fixa limites de velocidade nas rodovias do Estado-Membro ou sob sua administração."

25. "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias." (Súmula Vinculante 2). Grifos nossos.

37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

XXVIII – defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional.

XXIX – propaganda comercial.

A Constituição, por outro lado, prevê que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre *questões específicas* das matérias relacionadas neste artigo.

6.5.2. Concorrente

A competência *legislativa concorrente* da União envolve também a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal. A Constituição, na verdade, reservou à União e aos Estados e Distrito Federal uma atuação conjunta para legislar sobre determinadas matérias, *porém em níveis distintos*. Assim é que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União *limitar-se-á a estabelecer normas gerais*. A competência da União para legislar sobre normas gerais, contudo, não exclui a competência suplementar dos Estados para desdobrar e complementar aquelas normas gerais com a edição de normas especiais para atender a seus interesses, sempre observando as normas federais (cuida-se aqui da *competência legislativa concorrente não-cumulativa ou suplementar*). Inexistindo, porém, lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (cuida-se aqui da *competência legislativa concorrente cumulativa ou plena*). Mas a superveniência de lei federal sobre normas gerais *apenas suspende*, não revoga, a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário²⁶.

Competem, assim, à União e aos Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

"Lei n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura

26. Ver, a propósito, STF, ADI 3.098, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-11-05, DJ de 10-3-06: "O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena 'para atender a suas peculiaridades' (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). A Lei 10.860, de 31-8-2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não-cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º."

esporte e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-Membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Controle das doações de sangue e comprovante da regularidade. Secretaria de Estado da Saúde. Constitucionalidade." (STF, ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-06, *DJ* de 23-6-06).

II – orçamento.

III – juntas comerciais.

IV – custas dos serviços forenses.

"Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF. À União, ao Estado-Membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, IV, §§ 1º e 3º)." (ADI 1.624, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-5-03, *DJ* de 13-6-03). No mesmo sentido: ADI 3.260, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-3-07, *DJ* de 29-6-07.

V – produção e consumo.

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 5.652, do Estado do Espírito Santo. Comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Gás liquefeito de petróleo engarrafado (GLP). Diretrizes relativas à requalificação dos botijões. (...) O texto normativo questionado contém diretrizes relativamente ao consumo de produtos acondicionados em recipientes reutilizáveis – matéria em relação à qual o Estado-Membro detém competência legislativa (artigo 24, inciso V, da Constituição do Brasil). Quanto ao gás liquefeito de petróleo (GLP), a lei impugnada determina que o titular da marca estampada em vasilhame, embalagem ou recipiente reutilizável não obstrua a livre circulação do continente (artigo 1º, *caput*). Estabelece que a empresa que reutilizar o vasilhame efetue sua devida identificação através de marca, logotipo, caractere ou símbolo, de forma a esclarecer o consumidor (artigo 2º). A compra de gás da distribuidora ou de seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. Dinamismo do mercado do abastecimento de gás liquefeito de petróleo. A lei hostilizada limita-se a promover a defesa do consumidor, dando concreção ao disposto no artigo 170, V, da Constituição do Brasil. O texto normativo estadual dispõe sobre matéria da competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal." (STF, ADI 2.359, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-9-06, *DJ* de 7-12-06).

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

IX – educação, cultura, ensino e desporto.

"O Tribunal julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal contra a Lei distrital 3.694/2005, que estabelece a oferta de ensino de língua espanhola aos alunos da rede pública daquela unidade federativa. Rejeitou-se a alegação de vício formal, por se considerar que o legislador distrital atuara nos limites da competência concorrente dos Estados-membros e do DF para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto (CF, art. 24, IX). Ademais, asseverou-se que a Constituição, ao prever a competência privativa da União para tratar de diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV) – cujo tratamento em âmbito nacional se dá pela Lei 9.394/96 –, permitira que os entes estaduais e o DF atuassem no campo de suas especificidades. Ressaltou-se, ainda, a existência da Lei 11.161/2005 que trata do ensino da língua espanhola nos currículos plenos do ensino médio." (ADI 3.669, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-6-07, Informativo 472).

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas.

"Dada a distinção conceitual entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas (cf. STF, ADI n. 1.127, cautelar, 28-9-94, Brossard) aos primeiros não se aplica o art. 24, X, da Constituição, que outorga competência concorrente ao Estado-Membro para legislar sobre o processo perante os últimos. Conseqüente inconstitucionalidade da lei estadual que, na ausência de lei federal a respeito, outorga competência penal a juizados especiais e lhe demarca o âmbito material." (HC 71.713, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-10-94, *DJ* de 23-3-01).

XI – procedimentos em matéria processual.

"O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal. A independência funcional a que alude o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação." (ADI 1.285-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25-10-95, *DJ* de 23-3-01).

"Competência legislativa. Procedimento e processo. Criação de recurso. Juizados Especiais. Descabe confundir a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual; artigo 24, inciso XI, com a privativa para legislar sobre direito processual, prevista no artigo 22, inciso I, ambos da Constituição Federal. Os Estados não têm competência para a criação de recurso, como é o de embargos de divergência contra decisão de turma recursal." (AI 253.518-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-5-00, *DJ* de 18-8-00).

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde.

"A competência dos Estados para legislar sobre a proteção e defesa da saúde é concorrente à União e, nesse âmbito, a União deve limitar-se a editar

normas gerais, conforme o artigo 24, XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Não usurpa competência da União lei estadual que dispõe sobre o beneficiamento de leite de cabra em condições artesanais." (ADI 1.278, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-5-07, DJ de 1º-6-07).

XIII – assistência jurídica e Defensoria pública.

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

XV – proteção à infância e à juventude.

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

7. OS ESTADOS FEDERADOS

7.1. A posição dos Estados-membros na Federação. O poder constituinte decorrente das Assembléias Legislativas

Os Estados federados são as organizações políticas típicas da Federação, pois sem eles não há verdadeira Federação. Aliás, como já examinado, a Federação surgiu historicamente a partir da união de Estados.

Apesar da terminologia ser a mesma, não se confundem os Estados federados com o Estado Federal. Aqueles são as partes autônomas ou frações políticas que compõem este último; o Estado Federal representa o todo, é o resultado da união dos Estados federados. A nomenclatura, então, é de todo irrelevante. Por isso, há Federações cujas partes autônomas são denominadas diferentemente, como ocorre na Argentina (*Provincias*), na Suíça (*Cantões*), na Alemanha (*Länder*). No Brasil, são designadas de Estados federados, por influência da Federação matriz norte-americana, que, como se sabe, surgiu da união de verdadeiros Estados soberanos que abdicaram de suas soberanias, mas se reservaram a manter-se como o mesmo nome.

Os Estados federados, como partes ou membros do Estado Federal, são apenas organizações autônomas; o Estado Federal, por ser o todo, é o único titular de soberania. Para o direito internacional, é reconhecido apenas o Estado Federal, não os Estados federados. Por isso mesmo, para o direito das gentes, é absolutamente indiferente se o Estado é Federal ou Unitário. Daí se percebe que a Federação é técnica de organização interna do Estado, relativamente ao exercício de seu poder.

Enfim, à vista do modelo de Federação adotado no Brasil, os Estados federados são pessoas jurídicas de direito público interno, com autonomia política e capacidade de *auto-organização* e *autolegislação* (art. 25), de *autogoverno* (arts. 27, 28 e 125) e de *auto-administração* (art. 25, § 1º), responsáveis pela condução dos governos regionais e pelo exercício das competências para tratar de assuntos de predominante interesse regional.

Comefeito, em face de sua capacidade de *auto-organização* e *autolegislação*, os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Desse modo, cumprirão as Assembléias Legislativas exercer o *poder constituinte decorrente*²⁷ que lhes foram outorgado pelos arts. 25 do texto permanente e 11 do ADCT, para elaborar as Constituições estaduais, visando fixar os fundamentos políticos e jurídicos de organização dessas coletividades regionais.

Em razão de sua capacidade de *autogoverno*, cumprem aos Estados eleger o seu governador, vice-governador e seus deputados e organizar a sua Justiça, inclusive para a instituição de um sistema de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

E em decorrência de sua capacidade de *auto-administração*, aos Estados cabem a sua própria organização administrativa (Administração Pública) e a organização de seus serviços públicos e seus servidores.

De acordo com o § 3º do art. 18, os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. Mas em razão do que dispõe o inciso VI do art. 48 da Constituição, a incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados, depende da prévia ouvida das respectivas Assembléias Legislativas.

27. "O poder constituinte outorgado aos Estados-Membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela Constituição Federal, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação." (ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-96, DJ de 8-8-03). Interessante também conferir: "Processo de reforma da Constituição estadual – Necessária observância dos requisitos estabelecidos na Constituição Federal (art. 60, §§ 1º a 5º) – Impossibilidade constitucional de o Estado-Membro, em divergência com o modelo inscrito na Lei Fundamental da República, condicionar a reforma da Constituição estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 (quatro quintos) da totalidade dos membros integrantes da Assembléia Legislativa – Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo Poder Legislativo local – A questão da autonomia dos Estados-Membros (CF, art. 25) – Subordinação jurídica do poder constituinte decorrente às limitações que o órgão investido de funções constituintes primárias ou originárias estabeleceu no texto da Constituição da República: (...)." (ADI 486, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-97, DJ de 10-11-06).

7.2. Competência material (privativa e comum)

À vista da Constituição de 1988, os Estados dispõem de (a) *competência material privativa* (art. 25, §§ 1º e 2º) e (b) *competência material comum* (art. 23).

Como já examinado, relativamente à partilha constitucional das competências privativas dos Estados, a Constituição de 1988, seguindo uma tradição secular, adotou a técnica dos *poderes remanescentes* ou *reservados* (alguns autores ainda designam de *residuais*), para *reservar* aos Estados as *competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição* (art. 25, § 1º).

Assim sendo, a competência material privativa dos Estados compreende todas as matérias que não foram enumeradas para a União no art. 21, nem que sejam relacionadas a assuntos de interesse local (pois neste caso são de competência dos Municípios, consoante o art. 30 que será mais adiante examinado), obtendo-se tal competência pelo critério da exclusão. Numa síntese singela, será de competência privativa dos Estados, *nessa ordem*, tudo o que não for de competência da União, nem de competência dos Municípios.

Contudo, a Constituição atribuiu diretamente e de forma expressa pelo menos uma competência aos Estados. Trata-se da competência para os Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação²⁸.

28. A medida provisória aqui é a de competência dos Estados, que podem expedir-la desde que esteja prevista em suas Constituições estaduais, como já pacificou o Supremo: "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 51 e parágrafos da Constituição do Estado de Santa Catarina. Adoção de medida provisória por estado-membro. Possibilidade. Artigos 62 e 84, XXVI da Constituição Federal. Emenda constitucional 32, de 11-9-01, que alterou substancialmente a redação do art. 62. Revogação parcial do preceito impugnado por incompatibilidade com o novo texto constitucional. Subsistência do núcleo essencial do comando examinado, presente em seu caput. Aplicabilidade, nos estados-membros, do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Inexistência de vedação expressa quanto às medidas provisórias. Necessidade de previsão no texto da carta estadual e da estrita observância dos princípios e limitações impostas pelo modelo federal. Não obstante a permanência, após o superveniente advento da Emenda Constitucional 32/01, do comando que confere ao Chefe do Executivo Federal o poder de adotar medidas provisórias com força de lei, tornou-se impossível o cotejo de todo o referido dispositivo da Carta catarinense com o teor da nova redação do art. 62, parâmetro inafastável de aferição da inconstitucionalidade argüida. Ação direta prejudicada em parte. No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19-12-03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19-6-92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14-5-93. Entendimento reforçado pela significativa indicação na Constituição Federal, quanto a essa possibilidade, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, da competência desses entes da Federação para 'explorar diretamente, ou mediante concessão, os

A competência material comum dos Estados é aquela do art. 23, que ele poderá exercer ao lado da União e dos Municípios. Dela já tratamos quando examinamos as competências da União.

7.3. Competência legislativa (privativa e concorrente). A competência suplementar

À vista da Constituição de 1988, os Estados também dispõem de (a) *competência legislativa privativa* (art. 25, §§ 1º e 3º; art. 18, § 4º) e (b) *competência legislativa concorrente* (art. 24).

A competência legislativa privativa dos Estados também se afere pelo critério de exclusão, em decorrência da técnica dos poderes remanescentes ou reservados. Assim, tudo o que não estiver enumerado para a União no art. 22, nem que esteja relacionado a assuntos de interesse local dos Municípios (art. 30, I), será de competência legislativa privativa dos Estados.

Mas aqui também a Constituição atribuiu *diretamente* aos Estados pelo menos duas competências legislativas privativas. No art. 25, § 3º, a Constituição conferiu aos Estados a competência para, mediante *lei complementar*, instituir *regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, que são blocos ou unidades administrativas de atuação, constituídas por *agrupamentos de municípios limítrofes*, para o fim de *integrar* a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. E no art. 18, § 4º, a Constituição atribuiu competência aos Estados para *criar Municípios*, nos termos ali indicados.

A competência legislativa concorrente dos Estados é aquela do art. 24, que ele poderá exercer em conjunto com a União. Essa competência compreende a *competência legislativa concorrente não-cumulativa* ou *suplementar* (art. 24, § 2º) e a *competência legislativa concorrente cumulativa* ou *plena* (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às suas peculiaridades (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa *plena* para também atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Dela já tratamos quando examinamos as competências da União.

serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação' (art. 25, § 2º). Ação direta cujo pedido formulado se julga improcedente." (ADI 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-06, DJ de 16-3-07). No mesmo sentido: ADI 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 4-9-02, DJ de 19-12-03.

7.4. Bens dos Estados

De acordo com o art. 26, são bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros.

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União.

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

8. O DISTRITO FEDERAL

8.1. A posição do Distrito Federal na Federação e suas competências

O Distrito Federal é pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia política, integrante da Federação brasileira (ao lado da União, dos Estados e dos Municípios, segundo o art. 18 da CF), especialmente prevista pela Constituição para sediar a Capital do País (Brasília) e os Poderes da República, à semelhança do que ocorre nos EUA (Washington) e no México (Cidade do México).

Seu surgimento está ligado à necessidade de se instalar a sede política do governo federal em espaço neutro e distinto dos Estados-membros, sendo comum a opinião doutrinária de que, por força da Constituição de 1891 (art. 2º), se originou da transformação do antigo “Município Neutro” previsto na Carta Política de 1824 como a sede da Capital do Império (art. 72).

É entidade da Federação, com capacidade de *auto-organização* (organiza-se por sua lei orgânica, que, substancialmente, é uma Constituição), *autogoverno* (elege o seu próprio governador, vice-governador e seus deputados), *autolegislação* (exerce, por seu próprio Poder Legislativo, competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios) e *auto-administração* (dispõe de sua própria Administração Pública, de seus serviços e seus servidores).

Não se confunde com os Estados nem com os Municípios. Nada obstante, concentra as competências destes, já que é vedada a sua divisão em Municípios (art. 32), de modo que a ele são atribuídas as competências legislativas dos Estados e Municípios (art. 32, § 1º) e a competência tributária dos Municípios (art. 147).

Todavia, não dispõe o Distrito Federal de competência material nem legislativa sobre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito

Federal, uma vez que tais órgãos submetem-se à competência material e legislativa da União (art. 21, XIII e XIV; art. 22, XVII e art. 32, § 4º). Inclusive, de acordo como o § 4º do art. 32, lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

Compõe-se de Brasília (Capital Federal) e das Regiões Administrativas (conhecidas como cidades-satélites).

9. OS MUNICÍPIOS

A Constituição Federal de 1988, seguindo a orientação política das Constituições republicanas, consagra o princípio federativo como um aspecto fundamental de seu perfil político, o que importa em afirmar que o Brasil ostenta uma forma federativa de Estado, fruto de uma associação ou união formada por pessoas políticas autônomas, nos termos em que ela mesma traça. Em razão dessa autonomia, delimitada por uma complexa partilha de competências que conferiu a todas as entidades autônomas capacidade de *auto-organização*, *autogoverno*, *auto-administração* e *autolegislação*, pode-se sustentar que todos esses entes políticos, sem exceção, integram a Federação brasileira, dispondo, todos, de dignidade federativa.

Entre essas pessoas políticas integrantes da Federação figuram os *Municípios*. De feito, é inegável a ampla autonomia que a atual Carta Magna concedeu aos Municípios. Sem embargo disso, alguns renomados autores, como José Afonso da Silva²⁹ e Roque Carrazza, entendem que os Municípios, inobstante autônomos, não integram a Federação, em razão de os mesmos não participarem da formação da vontade jurídica nacional.

Ouso, contudo, divergir destes eminentes doutrinadores, com base na própria Carta Magna, que deu claras amostras de que pretendeu incluir os Municípios, assim como o Distrito Federal, no pacto federativo. Assim, não só no seu art. 10º³⁰, mas também no seu art. 18º³¹, foi incisiva a Constituição

29. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Para o ilustrado autor, “Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. (...) Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação”. Segundo o autor, os Municípios “continuam a ser divisões político-administrativas dos Estados” (p. 474-475).

30. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”

31. “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta

quando afirmou que os Municípios também compõem a República Federativa do Brasil. O fato de estas entidades políticas não participarem das decisões do Estado federal não obnubila aquelas características da Federação presentes nos Municípios.

A autonomia municipal encontra-se constitucionalmente garantida nos arts. 29 e 30 da Constituição Federal. No art. 30, inciso I, estabelece a Carta Magna que ao Município compete legislar sobre *todos* os assuntos de interesse local. Acrescentamos propositamente a expressão *todos* para sustentar que o Município é o senhor absoluto dos assuntos de seu interesse. E o que são *assuntos de interesse local*? A resposta tem que ser óbvia: são todos aqueles que o próprio Município, por meio de sua própria lei, vier a entender de seu interesse. São, assim, aqueles interesses que se encontram intimamente ligados à vida local de cada Município. Vale dizer, correspondem tudo quanto respeita especialmente à sociedade local, em oposição àqueles que atendem às necessidades estaduais e nacionais. Ou, noutro sentido, são aqueles interesses que atendem, de modo direto e imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades dos Estados ou do País³². Decerto, *cada* Município disporá livremente sobre os seus interesses na medida em que não afetar interesses federais ou estaduais definidos constitucionalmente. Nesse sentido, leciona Roque Carrazza que “cada Município é livre para organizar-se, consultando seus interesses particulares, observadas, apenas, as restrições que objetivam manter de pé os marcos que separam as competências das pessoas políticas³³”.

9.1. O Município nas Constituições anteriores

Para podermos iniciar o estudo das competências municipais à luz da vigente Constituição, é preciso termos em mente que o Município brasileiro nem sempre gozou de autonomia necessária para poder ser considerado como ente integrante do pacto federativo.

Daí o interesse pelo breve exame do perfil deste ente nas Constituições que antecederam a atual.

9.1.1. O Município na Constituição do Império

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, não previa, como se sabe, a forma federativa de Estado. Adotava uma forma

Constituição”.

32. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 152.

33. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 148.

de Estado Unitário, com um poder central. Previa, é bem verdade, que o território estatal fosse dividido em Províncias (art. 2º), que, por sua vez, podiam ser subdivididas em cidades e vilas (art. 167).

Não havia, contudo, entidades regionais e locais autônomas. Os Municípios, como entidades políticas autônomas, não existiam na época da Constituição de 1824. Sequer foram dignos de menção pela Carta política de então.

9.1.2. O Município na Constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi a primeira a adotar a forma federativa de Estado. Criou a Federação brasileira, transformando as antigas Províncias em Estados federados (Estados Unidos do Brasil), reunidos com base num pacto federativo perpétuo e indissolúvel (art. 1º).

Os Municípios, embora de forma singela e tímida, foram expressamente referidos no art. 68 (Título III da Constituição): “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Apesar disso, eles não integraram a organização federal do Estado brasileiro, que se limitou a se constituir pela união dos Estados (antigas Províncias). Os Municípios, portanto, não foram contemplados com nenhum quinhão de competência, não desfrutando de nenhuma autonomia, não obstante a redação do dispositivo acima transcrito. Assim bem retrata Raul Machado Horta, quando pronuncia que os “Estados esgotaram na amplitude de sua autonomia a organização municipal, submetendo o Governo local aos rigores do controle hierárquico, como é visível na permitida ‘anulação das deliberações, decisões ou quaisquer outros atos das Câmaras Municipais’, por órgãos do Estado, prática que se generalizou no Direito Constitucional Estadual da Primeira República”³⁴.

Por outro lado, com a reforma constitucional de 1926, a autonomia dos Municípios ganhou um poderoso reforço, uma vez que foi incluída entre os princípios constitucionais da União (art. 6º, II, f), cuja eficácia ficaria assegurada pela medida política da intervenção federal no Estado. A partir de então, pode-se dizer que a autonomia municipal representava uma limitação à plenitude da autonomia do Estado.

9.1.3. O Município na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 representou um importante avanço à autonomia dos Municípios. Ela não só assegurou a autonomia dos Municípios em tudo

34. HORTA, Raul Machado. *A posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*, p. 623.

quanto respeito ao seu peculiar interesse, inclusive protegendo-a com a previsão da medida drástica da intervenção federal no Estado, como, expressamente, os conferiu a competência para eleger seus Prefeitos e Vereadores; de instituir os seus impostos e taxas; de arrecadar e aplicar as suas rendas e de organizar os serviços de sua competência (art. 13).

Com isso, pode-se dizer que, embora implicitamente, a Constituição de 1934 conferiu ao Município *status* de ente federado. Nesse sentido manifesta-se Raul Machado Horta: "A técnica introduzida pela Constituição de 1934, que vem sendo iterativamente reproduzida nas Constituições ulteriores, encerra, de forma implícita, pelo menos, a inserção do Município no plano da Federação"³⁵.

9.1.4. O Município na Constituição de 1937

A Constituição de 1937, como cediço, causou um retrocesso na ordem jurídica brasileira. Ela "conservou o título federal apenas no nominalismo da apresentação exterior (art. 3º). Constituição Federal no nome, mas Constituição unitária na realidade"³⁶. Não precisa se esforçar para dizer que os Municípios sofreram duro golpe em sua autonomia. Perderam os Municípios a prerrogativa de eleger diretamente seus Prefeitos, cujo cargo passou a ser de livre nomeação dos governadores dos Estados.

A competência municipal para instituir impostos também foi afetada, com a extinção do imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais, que era de competência dos Municípios (CF/34, art. 13, § 2º, IV).

9.1.5. O Município na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 marcou o início da redemocratização do Estado brasileiro. Restabeleceu a autonomia dos Municípios, que voltaram a exercer a prerrogativa de eleger os seus Prefeitos³⁷ (art. 28) e ampliou a competência municipal para instituir impostos (de três para cinco impostos, em face da CF/37) (art. 29). No mais foi mantida a autonomia tal como consagrada na Constituição de 1934.

35. HORTA, Raul Machado. *A posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*, p. 626.

36. HORTA, Raul Machado. *A posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*, p. 627.

37. É bem verdade que, por força do § 1º do art. 28, os governadores dos Estados ou dos Territórios poderiam nomear os prefeitos das capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União. E, por força do § 2º do mesmo art. 28, eram esses governadores que nomeariam os prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do país.

Os Municípios foram inseridos no processo de participação nos percentuais da receita federal dos impostos especiais e da arrecadação do imposto de renda (art. 15, VI, §§ 2º e 4º).

9.1.6. O Município na Constituição de 1967

De um modo geral, pode-se afirmar que a Constituição de 1967 preservou, nominalmente, a autonomia dos Municípios. Contudo, impôs maiores restrições de ordem política, administrativa e financeira.

Com efeito, embora a Constituição tivesse assegurado a autonomia municipal pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, ela mesma, segundo o art. 15, condicionava a divisão dos Municípios em distrito à lei estadual. Vale dizer, em assuntos que se referiam à conveniência administrativa exclusiva dos Municípios (dividir-se em distritos, para melhor executar suas tarefas administrativas), determinava a Constituição a interferência do Estado.

Ademais, a Constituição de 1967 extinguiu, em desfavor dos Municípios, diversas receitas provenientes de impostos que os mesmos arrecadavam.

No mais, continuaram os Municípios com a prerrogativa de eleger diretamente os seus Prefeitos, salvo naquelas hipóteses, já mencionadas, de estes governantes municipais serem nomeados pelos governadores dos Estados (CF/67, art. 16, § 1º).

Todavia, a Constituição de 1967 e sua Emenda nº 01/69 tiveram o mérito de *federalizar* certos temas municipais. Vale dizer, com Raul Machado Horta, que a referida Constituição de 1967 (com a EC nº 01/69) "retira da Constituição e de leis estaduais, para entregar à lei complementar federal a competência de estabelecer os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios (art. 14); dispõe que somente terão remuneração os Vereadores das capitais e dos Municípios de população superior a cem mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar (art. 16, § 2º); estabelece o número máximo de Vereadores Municipais (art. 16, § 5º); torna obrigatória, e não mais facultativa, como se admitia na *Constituição Federal de 1946* (art. 28, § 1º), a nomeação dos Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual (art. 16, § 1º, a) e amplia aos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 16, § 1º, b), outro caso de nomeação obrigatória de Prefeitos, precedida de aprovação do Presidente da República"³⁸.

38. Op. cit., p. 630.

Com isso, houve inegavelmente um alargamento da matéria municipal no texto da Constituição Federal, com a limitação conseqüente da autonomia dos Estados. Se de um lado a Constituição Federal de 1967 (e sua EC 01/69) retirou da Constituição dos Estados o poder de disciplinar os temas municipais, de outro centralizou em seu contexto quase todo o poder normativo referente a esses temas. A dizer, não concedeu aos Municípios a autonomia suficiente para enfrentar os seus próprios problemas.

9.2. As competências do Município na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma redefinição da posição constitucional dos Municípios, alçando-os, como já se observou, ao nível de ente da Federação, ao lado da União, dos Estados e Distrito Federal. A Federação brasileira, com a atual Constituição, assumiu uma característica toda singular, assentando-se numa estrutura tríplice que compreende a ordem central, as ordens estaduais e as ordens municipais, ensejando, por parte da doutrina, a qualificação de *Federação de duplo grau*. Isto se torna evidente, inicialmente, com a análise dos arts. 1º e 18 da Constituição. O primeiro deles sublinha que o Estado Federal brasileiro é formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. O segundo, mais preciso, acentua que a organização político-administrativa do Estado Federal brasileiro compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da própria Constituição.

Em reforço a isso, a Constituição Federal assegura aos Municípios plena autonomia, uma vez que lhes foi certificado o poder de se organizarem por suas próprias leis orgânicas, atendidos, apenas, os princípios da Constituição Federal (e preceitos que ela estabelece como de observância obrigatória) e da Constituição do respectivo Estado. Garante, ademais, a capacidade de *autogoverno*, pela eleição direta de seus Prefeitos e Vereadores, sem a mínima possibilidade de prefeitos nomeados. Reconhece a capacidade de *autolegislação*, por meio da elaboração de leis sobre as matérias de suas competências. E, finalmente, confere a capacidade de *auto-administração*, pela possibilidade que têm os Municípios de, diretamente, organizarem e desempenharem as suas próprias atividades ou funções administrativas, como prestar os serviços públicos de interesse local; exercer o poder de polícia administrativa; cuidar de seus servidores, etc., sem falar na capacidade que têm os Municípios de instituírem e arrecadarem os seus tributos (impostos³⁹, taxas e contribuições de melhoria).

39. "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza

Ainda segundo a Constituição, de acordo com o § 4º de seu art. 18, a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. Apesar de competir aos Estados a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, esse processo é complexo que não se dá só com o exercício da atividade legislativa estadual, pois depende: a) da existência de Lei Complementar Federal determinando o período dentro do qual pode ocorrer a criação, fusão, etc; b) de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos; e c) após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei⁴⁰.

A exigência de Lei Complementar Federal estipulando o período para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios decorreu da EC nº 15, de 12 de setembro de 1996. Nada obstante, muitos Municípios foram criados após a referida emenda constitucional sem a observância dessa condição, especialmente porque até a presente data a Lei Complementar não foi editada pelo Congresso Nacional, situação que impedia e ainda

ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar".

40. Por isso mesmo vem o STF decidindo assim: "Município: desmembramento. A subtração de parte do território de um município substantiva desmembramento, seja quando a porção desmembrada passe a constituir o âmbito espacial de uma nova entidade municipal, seja quando for ela somada ao território de município preexistente. (...) Município: desmembramento: exigibilidade de plebiscito. Seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta prévia das 'populações diretamente interessadas' - conforme a dicção original do art. 18, § 4º - ou 'às populações dos Municípios envolvidos' - segundo o teor vigente do dispositivo." (ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-2-04, DJ de 19-3-04). No mesmo sentido: "Emenda Constitucional 15/96. Criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, nos termos da lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar e após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal. Inexistência da lei complementar exigida pela Constituição Federal. Desmembramento de município com base somente em lei estadual. Impossibilidade." (ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 5-11-03, DJ de 6-2-04). Também: "A alteração dos limites territoriais de municípios não prescinde da consulta plebiscitária prevista no artigo 18 da Constituição Federal, pouco importando a extensão observada." (ADI 1.034, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-3-97, DJ de 25-2-00). Por último, ver STF, ADI 1.881, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10-5-07, DJ de 15-6-07: "Uma vez cumprido o processo de desmembramento de área de certo município, criando-se nova unidade federativa, descabe, mediante lei estadual, mera revogação do ato normativo que o formalizou. A fusão há de observar novo processo e, portanto, prévia consulta plebiscitária às populações dos entes políticos diretamente envolvidos, por força do artigo 18, § 4º, da Constituição Federal."

impede a criação (também a incorporação, a fusão e o desmembramento) de Municípios no Brasil⁴¹.

Quanto aos Municípios que foram criados a partir da EC 15/96 e, por conseguinte, em descompasso com a novel exigência constitucional, o STF considerou a situação como ofensiva à Constituição Federal (§ 4º do art. 18), declarando a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais, porém sem a pronúncia de nulidade pelo prazo de 24 meses, ante a situação excepcional, consolidada com a criação das municipalidades⁴².

41. Foi em razão disso, inclusive, que o STF reconheceu, na ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007, a mora do Congresso Nacional em elaborar a Lei Complementar Federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96. Assim, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. Salientou-se que, considerado o lapso temporal de mais de 10 anos, desde a data da publicação da EC 15/96, à primeira vista, seria evidente a inatividade do legislador em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar (CF, art. 18, § 4º – norma de eficácia limitada). Asseverou-se, entretanto, que não se poderia afirmar uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas. Não obstante, entendeu-se que a “inertia deliberandi” (discussão e votação) também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada morosa, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. Aduziu-se que, na espécie, apesar dos diversos projetos de lei apresentados restaria configurada a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação da lei complementar em questão, sobretudo, tendo em conta a plethora de Municípios criados mesmo depois do advento da EC 15/96, com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns declarados inconstitucionais pelo Supremo, ou seja, uma realidade quase que imposta por um modelo que, adotado pela aludida emenda constitucional, ainda não teria sido implementado em toda sua plenitude em razão da falta da lei complementar a que alude o mencionado dispositivo constitucional. Afirmou-se, ademais, que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade, e que, em razão de esse estado decorrente da omissão poder ter produzido efeitos no passado, faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo. Considerou-se que, no caso, a omissão legislativa inconstitucional produziria evidentes efeitos durante o longo tempo transcorrido desde o advento da EC 15/96, no qual vários Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos Municípios foram efetivamente criados, com eleições realizadas, poderes municipais estruturados, tributos recolhidos, ou seja, toda uma realidade fática e jurídica gerada sem fundamento legal ou constitucional, mas que não poderia ser ignorada pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Em razão disso, concluiu-se pela fixação de um parâmetro temporal razoável – 18 meses – para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal reclamada, a qual deverá conter normas específicas destinadas a resolver o problema dos Municípios já criados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que, na linha da jurisprudência da Corte, limitavam-se a declarar a mora legislativa, não fixando prazo (Informativo do STF nº 466).

42. A propósito, conferir o seguinte julgado a respeito da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia. STF, PLENO, ADI 2240/BA, Relator Min. EROS GRAU, julgamento em 09/05/2007: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA

Em razão desse quadro excepcional, porém de verdadeira insubordinação à Constituição, o Congresso Nacional promulgou, em 18 de dezembro de 2008, a EC nº 57, que acrescentou o art. 96 ao ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) para *convalidar* os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006. Cumpre conferir, assim, o preceito acrescentado:

“Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”

Desse modo, por força do novo art. 96 do ADCT, fica regularizada a situação dos Municípios que foram criados em desatenção ao § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96.

BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia”.

Na partilha constitucional do poder, os Municípios também foram destinatários da repartição horizontal e vertical de competências, de modo que são titulares de competências próprias e desempenham, ao lado da União e dos Estados, competências comuns.

Quanto às competências próprias, os Municípios gozam de competências material (ou geral ou de execução ou administrativa ou não legislativa) e legislativas exclusivas (arts. 30, I, III, IV, V e VIII; 144, § 8º e 182). Quanto às competências comuns, os Municípios desfrutam de competências material comum (arts. 23 e 30, VI, VII e IX) e legislativas suplementares (só complementar) (art. 30, II).

9.2.1. A competência legislativa

A Constituição Federal concedeu aos Municípios a competência legislativa *privativa* (art. 30, I) e *suplementar* (art. 30, II).

A competência legislativa privativa consiste na capacidade para legislar sobre assuntos de interesse local. Mas o que é "interesse local"? É interesse exclusivo do Município ou seu interesse predominante? Sob a égide das Constituições anteriores, vinham a doutrina e a jurisprudência entendendo que "interesse peculiar" era interesse predominante do Município. Esse mesmo entendimento pode ser perfeitamente aplicado, à luz da Constituição vigente, em face da novel expressão "interesse local", idêntica àquela expressão "interesse peculiar". Assim, entendemos que interesse local não é interesse exclusivo do Município, mas seu interesse predominante, que o afete de modo direto e imediato, ainda que reflita nos negócios estaduais e federais⁴³. Aliás, é muito difícil, senão impossível, se identificar um assunto

43. Conferir, a respeito, a *súmula nº. 645 do STF*: "É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial." Ver também *STF, AI 614.510-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-3-07, DJ de 22-6-07*: "O Município dispõe de competência, para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, de sanitários ou a colocação de bebedouros, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art. 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil. Precedentes."; *STF, RE 432.789, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-6-05, DJ de 7-10-05*: "Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município." No mesmo sentido: *AC 1.124-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-5-06, DJ de 4-8-06*; *AI 427.373-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-12-06, DJ de 9-2-07*. Confrontar também: "Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do

ou tema de interesse do Município que não seja de interesse do Estado ou da União. Toda matéria de interesse do Município é, também, de interesse do Estado e da União. Entretanto, se essa matéria é de interesse predominante do Município, porque está a ele ligada mais intimamente, ela é considerada de interesse local, para o efeito de incidir a regra de competência do inciso I do art. 30, ora em comento.

Nesse sentido expressa-se Michel Temer: "Doutrina e jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é de peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. *Peculiar interesse* significa *interesse predominante*. *Interesse local* é expressão idêntica a *peculiar interesse*"⁴⁴.

Também no mesmo sentido, confira-se o entendimento de Celso Ribeiro Bastos: "O conceito-chave utilizado pela Constituição para definir a área de atuação do Município é o de interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais"⁴⁵. Assim lecionam, outrossim, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴⁶, Pinto Ferreira⁴⁷ e Fernanda Dias Menezes de Almeida⁴⁸.

Assim, sobre assuntos de interesse local, ou seja, de interesse predominante do Município, cabe a este ente federado legislar com exclusividade, afastando os demais, se, evidentemente, não estiver no âmbito da competência enumerada da União (art. 22).

A competência suplementar do Município consiste na capacidade de poder complementar a legislação federal e estadual no que couber.

exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF)." (RE 203.909, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-10-97, DJ de 6-2-98).

44. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 106.

45. *Curso de Direito Constitucional*, p. 319.

46. *Curso de Direito Constitucional*, p. 239.

47. *Curso de Direito Constitucional*, p. 271.

48. *Competências na Constituição de 1988*, p. 115.

Evidentemente que essa competência suplementar do Município só poderá incidir sobre as matérias enunciadas no art. 24 da Constituição, objeto da competência legislativa concorrente entre a União e Estados ou Distrito Federal.

9.2.2. A competência material

A Constituição fixa uma competência material *privativa* (arts. 30, I, III, IV, V e VIII; 144, § 8º e 182) e *comum* dos Municípios (arts. 23 e 30, VI, VII e IX).

A competência material privativa ora assenta-se no critério do “interesse local”, ora encontra-se enumerada na Constituição. Aquela consiste em tudo que interessa direta e imediatamente ao Município. Esta situa-se no art. 30, incisos III (instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei), IV (criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual), V (organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local⁴⁹, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial) e VIII (promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano); art. 144, § 8º (Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei) e art. 182 (confere ao Município a execução da política de desenvolvimento urbano, colocando-se como instrumento básico dessa política o plano diretor aprovado pelo legislativo municipal e obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes).

A competência comum do Município é aquela partilha com a União, Estados e Distrito Federal, em razão de certas matérias que são de interesse igual para todas as entidades federadas. Assim, compete ao Município (e a todas as outras entidades federativas) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

49. Ver STF, ADI 1.221, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-10-03, DJ de 31-10-03: “Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. CF, art. 30, V”

proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; e estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

É também de competência comum do Município, *manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental* (redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (art. 30, VI); *prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população* (art. 30, VII) e *promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual* (art. 30, IX).

Para além disso, a Constituição ainda concede ao Município o poder de fiscalização. Essa fiscalização pode ser interna, a cargo do próprio Poder Executivo Municipal; ou externo, de incumbência da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, cujo parecer *prévio* emitido sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. A Constituição, porém, *veda* que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas. Mas não proíbe que os Estados criem *órgão estadual* denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios, incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora sejam órgãos estaduais – atuam onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores⁵⁰.

50. Nesse sentido já decidiu o STF, na ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-95, DJ de 10-2-06: “Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-Membros, mediante autônoma deliberação, institua *órgão estadual* denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DE, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) – atuam, onde tenham sido

10. OS TERRITÓRIOS FEDERAIS

10.1. Natureza

Os Territórios Federais não são entidades federadas; não gozam de autonomia política e, por isso, não compõem a Federação. Em conformidade com o § 2º do art. 18 da Constituição, eles integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

Em razão de integrarem a União, são dotados de organização administrativa e jurídica que lhes atribui a própria União, ostentando, assim, a natureza de *autarquias administrativas territoriais* da União.

Atualmente não há Territórios Federais, mas podem eles ser criados pela União, por meio de lei complementar, como visto acima. Os Territórios Federais do Amapá e de Roraima foram convertidos em Estados federados (art. 14 do ADCT); e o Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto e teve a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15 do ADCT).

10.2. Organização

Quando criados, será a *lei* que disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios, que poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicarão, no que couber, as normas constitucionais atinentes aos Municípios (art. 33).

Os Territórios Federais serão dirigidos por um Governador *nomeado* pelo Presidente da República após aprovação do Senado (art. 84, XIV), cujas contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União. Logo, o Governador do Território não será eleito, pois a sua investidura é política e não tem mandato fixo.

Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do próprio Governador, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá, inclusive, sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.

Ademais, cada Território Federal elegerá quatro Deputados (art. 45, § 2º).

instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembléia Legislativa do Estado-Membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75)." Grifos nossos.

11. INTERVENÇÃO

Como examinado neste capítulo, a organização do Estado brasileiro está assentada na *autonomia* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que mantêm entre si relações de cooperação, mas também de independência. Assim, é uma exigência da Federação o respeito mútuo entre as entidades federadas de modo que uma não possa interferir nos negócios da outra. Esse respeito, além de ser deduzido logicamente da noção de Federação, que pressupõe igualdade e paridade de forças entre as entidades federadas, pode ser inferido do art. 19 da Constituição, segundo o qual *é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos e criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si*.

Sem embargo disso, a Federação ficaria desarmada se não houvesse a previsão de mecanismos políticos eficazes e capazes de preservar não só a igualdade entre as entidades federadas como a sua própria permanência.

Por isso mesmo, as Constituições das Federações, enquanto pactos que as formalizam e as substantivam, vêm prevendo um mecanismo severo, porém indispensável, para a preservação da própria Federação e de seus elementos mais característicos.

Esse mecanismo é conhecido por *intervenção*.

11.1. Conceito

Entende-se por intervenção o *ato político*, fundado na Constituição, que consiste na *ingerência de uma entidade federada nos negócios políticos de outra entidade igualmente federada, suprimindo-lhe temporariamente a autonomia, por razões estritamente previstas na Constituição*.

Sua finalidade é assegurar a própria Federação e os valores sobre os quais ela se encontra edificada.

A Constituição prevê duas modalidades de intervenção: a) a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; e b) a intervenção do Estado nos seus Municípios e da União nos Municípios localizados nos Territórios Federais.

Todavia, a intervenção é *ato excepcional*, que só pode ocorrer em face das hipóteses taxativamente previstas na Constituição e mediante as formalidades traçadas constitucionalmente. A *regra*, em razão do respeito à autonomia, é a *não-intervenção*.

11.2. Intervenção Federal

A intervenção federal é aquela realizada pela União nos Estados e no Distrito Federal, bem assim nos Municípios localizados em Território Federal.

De acordo com o art. 34 da Constituição, União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal (*eis a regra*), exceto para (*eis a exceção*):

I – *manter a integridade nacional*. É medida necessária para garantir a *indissolubilidade* da Federação e, em consequência, a sua própria existência, que restaria arruinada caso ocorresse tentativa de dissolvê-la. Lembremos que em consonância com o art. 1º da Constituição, a *República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*.

II – *repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra*. A intervenção aqui se destina a assegurar, na primeira hipótese, a própria soberania nacional ameaçada pela invasão estrangeira a território nacional; e, na segunda, a igualdade e equilíbrio que deve existir entre os Estados⁵¹ e entre estes e o Distrito Federal.

III – *pôr termo a grave comprometimento da ordem pública*. A intervenção, nesse caso, é instrumento de estabilização constitucional e visa restabelecer a normalidade comprometida por atos ilegítimos e abusivos de acentuada desordem.

IV – *garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação*. Busca-se preservar a independência entre os poderes constituídos das entidades federadas (Legislativo, Executivo e Judiciário).

51. “O instituto da intervenção federal, consagrado por todas as Constituições republicanas, representa um elemento fundamental na própria formulação da doutrina do federalismo, que dele não pode prescindir – inobstante a excepcionalidade de sua aplicação –, para efeito de preservação da intangibilidade do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade territorial das unidades federadas. A invasão territorial de um Estado por outro constitui um dos pressupostos de admissibilidade da intervenção federal. O Presidente da República, nesse particular contexto, ao lançar mão da extraordinária prerrogativa que lhe defere a ordem constitucional, age mediante estrita avaliação discricionária da situação que se lhe apresenta, que se submete ao seu exclusivo juízo político, e que se revela, por isso mesmo, insuscetível de subordinação à vontade do Poder Judiciário, ou de qualquer outra instituição estatal. Inexistindo, desse modo, direito do Estado impetrante à decretação, pelo chefe do Poder Executivo da União, de intervenção federal, não se pode inferir, da abstenção presidencial quanto à concretização dessa medida, qualquer situação de lesão jurídica passível de correção pela via do mandado de segurança.” (MS 21.041, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-6-91, DJ de 13-3-92).

V – *reorganizar as finanças da unidade da Federação que:*

- a) *suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;*
- b) *deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei.*

VI – *prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial*. A intervenção federal é medida que também se presta a garantir o cumprimento das leis federais pelos Estados, quando estas a elas estiverem vinculados (como no caso das leis nacionais) e o respeito e efetividade das ordens judiciais⁵².

VII – *assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais, mais conhecidos como princípios constitucionais sensíveis:*

- a) *forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*
- b) *direitos da pessoa humana*⁵³;

52. “A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios).” (IF 590-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-9-98, DJ de 9-10-98). Vide também, relativamente às ordens judiciais de precatórios: “Intervenção – Precatório – Inobservância – Dificuldades financeiras. Possíveis dificuldades financeiras não são de molde a afastar a intervenção decorrente do descumprimento de ordem judicial.” (AI 246.272-AgrR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11-4-00, DJ de 4-8-00). Todavia, em decisão mais recente, assentou a Corte o seguinte: “Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes.” (IF 298, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-2-03, DJ de 27-2-04).

53. “Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos ‘direitos da pessoa humana’, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de ‘condição mínima’, no Estado, ‘para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida’. (...) Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do

- c) *autonomia municipal;*
- d) *prestação de contas da administração pública, direta e indireta;*
- e) *aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

A intervenção, todavia, *depende do cumprimento de determinadas formalidades constitucionais*. De acordo com o art. 36 da Constituição, o decreto de intervenção federal, de competência privativa do Presidente da República, *dependerá*:

I – no caso do art. 34, IV (*garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação*), de: a) *solicitação* do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, e b) de *requisição* do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário.

De observar-se que a norma constitucional em referência prevê distintas formalidades ou condições das quais depende a decretação da intervenção, quais sejam: a *solicitação* e a *requisição*. A primeira, quando os poderes estaduais coagidos forem o Poder Legislativo ou o Poder Executivo; a segunda, quando o poder coagido for o Poder Judiciário. As condições se diferenciam porque a *solicitação* é *pedido e não vincula* o Presidente da República; já a *requisição* é *ordem e vincula* o Presidente da República, que deve decretar a intervenção caso ela seja requisitada, sob pena de cometer crime de responsabilidade, conforme prevê a Lei federal nº. 1.079/50, art. 12, n. 3⁵⁴.

princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da Constituição de 1988, quanto aos 'direitos da pessoa humana'. (...) Hipótese em que estão em causa 'direitos da pessoa humana', em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-Membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-Membro na organização dos serviços de Justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º)." (IF 114, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 13-3-91, DJ de 27-9-96).

54. "Art. 12. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: (...) 3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral".

II – no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de *requisição* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral.

Nesse caso, a competência para a requisição da intervenção será definida pela matéria, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal a requisição quando o ato inobservado lastrear-se na Constituição Federal; ao Superior Tribunal de Justiça quando envolvida matéria legal e ao Tribunal Superior Eleitoral em se tratando de matéria de índole eleitoral⁵⁵.

Porém, cabe exclusivamente ao STF a requisição de intervenção para assegurar a execução de decisões da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar, ainda quando fundadas em direito infraconstitucional⁵⁶.

III – de *provimento*, pelo Supremo Tribunal Federal, de *representação* do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII (isto é, violação de qualquer princípio constitucional sensível), e no caso de *recusa à execução de lei federal*.

Têm-se aqui duas situações distintas: 1) na hipótese de violação de qualquer dos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII, a decretação da intervenção federal depende do julgamento procedente, pelo STF, da chamada ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI-interventiva) proposta pelo Procurador-Geral da República; e 2) no caso de recusa pelo Estado ou DF à execução de lei federal, a decretação da intervenção federal depende do julgamento procedente, pelo STF⁵⁷, de representação proposta pelo Procurador-Geral da República.

Da análise das formalidades ou condições necessárias para a decretação da intervenção federal, percebe-se que há, basicamente, (a) uma *intervenção espontânea*, quando ela é decretada *de ofício* pelo Presidente da República, por não depender de nenhuma provocação (é o caso da decretação da intervenção, nas situações previstas no art. 34, incisos I, II, III e V); e (b) uma *intervenção provocada*, quando ela, para ser decretada, depende de "provocação" ou certas condições (é o caso da decretação da intervenção, nas situações previstas no art. 34, incisos IV, VI e VII). A *intervenção provocada* ainda pode ser: *discricionária* ou *não obrigatória* (quando depender de solicitação dos poderes Legislativo e Executivo coagidos) e *vinculada* ou *obrigatória*

55. Nesse sentido, STF, IF 2.792, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-6-03, DJ de 1º/8/03: "Artigo 36, II, da Constituição Federal. Define-se a competência pela matéria, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal o julgamento quando o ato inobservado lastreia-se na Constituição Federal; ao Superior Tribunal de Justiça quando envolvida matéria legal e ao Tribunal Superior Eleitoral em se tratando de matéria de índole eleitoral.

56. Nesse sentido, STF, IF 230, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 24-4-96, DJ de 1º-7-96.

57. Antes da EC 45/2004 a competência para julgar a representação em tela, em caso de recusa à execução de lei federal, era do Superior Tribunal de Justiça.

(quando depender de requisição do STF quando o poder coagido for o Judiciário e nas situações do art. 34, incisos VI e VII).

11.3. Intervenção Estadual

A intervenção estadual é aquela realizada pelo Estado em seus Municípios e só pode ocorrer nas seguintes hipóteses⁵⁸, por decreto do Governador:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada.

II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei.

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Note-se que o Estado só pode intervir nos seus Municípios, ou seja, nos Municípios localizados em seu espaço territorial, e não nos Municípios localizados em espaço territorial de outros Estados.

11.4. Formalidades comuns

De acordo com a Constituição, o *decreto de intervenção* (do Presidente da República ou do Governador, conforme o caso), deve especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se couber, nomear o interventor. Decretada a intervenção, será o decreto submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas. Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

Nos casos do art. 34, VI (para *prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial*) e VII (para *assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis*), ou do art. 35, IV (quando o *Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial*), o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Nesse

58. Cumpre ressaltar que de acordo como o art. 35, a intervenção da União nos Municípios localizados em Territórios Federais só poderá ocorrer nas mesmas hipóteses nele previstas para a intervenção do Estado em seus Municípios. Registre-se que a União só pode intervir em Municípios localizados em Territórios Federais, jamais em Municípios localizados nos Estados.

caso, *será dispensada* a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

12. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

12.1. Conceito

Numa definição bem singela, a Administração Pública corresponde à face do Estado (o Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa, objetivando atender concretamente os interesses coletivos. Ela pode ser concebida num duplo sentido: a) *Sentido subjetivo, formal ou orgânico*; e b) *Sentido objetivo, material ou funcional*.

No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública compreende um conjunto de entidades jurídicas (de direito público ou de direito privado), de órgãos públicos e de agentes públicos, que formam o aparelhamento orgânico e compõem a estrutura formal da Administração. Por esse sentido, leva-se em conta o *sujeito* da Administração.

No sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública corresponde a um conjunto de funções ou atividades *públicas*, de caráter essencialmente *administrativo*, consistentes em realizar *concreta, direta e imediatamente* os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado. Nesse sentido, toma-se em consideração a *função administrativa*.

Hely Lopes Meirelles⁵⁹, a propósito, bem esclarece que a atividade administrativa é *concreta*, para diferenciá-la da atividade abstrata do Estado, exercida pelo Legislativo, que é elaborar leis. Assim, a atividade administrativa é concreta no sentido de que *executa*, de ofício, a lei. É, ademais, *direta*, para distingui-la da atividade indireta do Estado, desempenhada pelo Judiciário, que, como um terceiro desinteressado e substituindo-se às partes, compõe, nos casos concretos, os conflitos de interesses. No exercício da função administrativa não existe o caráter de substitutividade, pois havendo controvérsia em seu âmbito, é a própria Administração que toma a decisão para dirimi-la. Finalmente, é *imediate* para separá-la da atividade social do Estado, que é mediata (ex.: previdência e assistência sociais). No desempenho da função administrativa, cumpre ao Estado prover imediatamente as necessidades coletivas, que não podem ser satisfeitas pelo próprio administrado. Em suma, diz-se que a atividade administrativa é concreta, direta e imediata

59. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 38.

porque a Administração Pública age *concretamente* (com injunções e regulamentações, pondo em execução a vontade abstrata do Estado contida na lei), *diretamente* (sem intermediações ou substituições) e *imediatamente* perante os administrados, prestando os serviços públicos e atendendo as necessidades coletivas, visando o bem-estar geral da comunidade, realizando os fins constitucionais do Estado.

Assim, conjugando os dois sentidos (*sentido subjetivo* e *sentido objetivo*), pode-se definir a Administração Pública como um conjunto de pessoas jurídicas, de órgãos públicos e de agentes públicos que estão, por lei, incumbidos do *de-ver-poder* de exercer a função ou atividade administrativa, consistente em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.

Neste conceito, necessariamente extenso, compreendemos os sujeitos e as atividades administrativas exercidas pelos três Poderes. De fato, embora quando se fala de Administração Pública tem-se a impressão de que se está falando do Poder Executivo, uma vez que cumpre aos seus agentes, órgãos e entidades a função típica de gerir os negócios públicos de interesse imediato da coletividade, prestando, assim, os serviços públicos e exercendo o controle das atividades individuais que potencialmente possam afetar os interesses da comunidade, etc., é inólvável que os Poderes Legislativo e Judiciário, por meio de seus sujeitos administrativos, também desempenham certas atividades administrativas, porém como função atípica ou auxiliar destes Poderes, necessárias para a realização de suas próprias funções essenciais, havendo nesse âmbito, decerto, uma Administração Pública. É por esse motivo que o art. 37, *caput*, fala em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁶⁰.

Mas as atividades administrativas exercidas pelos Poderes Legislativo e Judicial são atividades *meramente auxiliares ou de apoio* ao desempenho de suas respectivas funções típicas, *sem reflexo imediato na coletividade*, uma vez que não cumpre a estes poderes prestar serviços públicos ou realizar qualquer função de gestão do interesse da comunidade (como calçamento de ruas, coleta de lixo, construção e manutenção de rodovias e prestar os serviços públicos em geral).

Advirta-se, porém, que a função ou atividade administrativa não se resume a serviços públicos. Ela compreende, hodiernamente, no mais das vezes,

60. Conferir CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 8ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

a prestação dos *serviços públicos*, o exercício do *poder de polícia administrativa*, a atividade de *fomento* e a atividade de *intervenção*⁶¹, que podem, resumidamente, ser assim expostos:

Os serviços públicos são atividades materiais da Administração Pública desempenhadas por ela ou seus delegados visando proporcionar utilidades ou comodidades aos administrados como modo de satisfazer suas necessidades.

A polícia administrativa consiste na atividade jurídica que a Administração Pública realiza para conter ou restringir o exercício das liberdades e o uso, gozo e disposição da propriedade, tendo por fim adequá-las aos interesses públicos e ao bem estar social da comunidade. Manifesta-se ora por comandos gerais e abstratos (através de regulamentos, por ex.), ora por injunções concretas e individuais (interdições, embargos, etc.), ora mediante atividade preventiva e controle (necessidade de alvará de autorização e de licença para certas atividades), ora mediante fiscalização.

O fomento é atividade de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública. Destina-se a subsidiar, por meio de dotações orçamentárias específicas ou por outras vias (ex.: permissão gratuita de uso de bem público; instituição de contribuições parafiscais, etc.), as entidades do chamado *terceiro setor*, que, não obstante da iniciativa privada, não têm fins lucrativos e exercem atividades de interesse público, normalmente de caráter social, colaborando com o Estado.

Finalmente, a atividade de intervenção compreende (a) a atuação *direta* do Estado no domínio econômico, através de suas entidades empresariais (sociedades de economia mista e empresas públicas); (b) a atuação *indireta* do Estado por meio da regulamentação e da fiscalização da atividade econômica de natureza privada, para conter certos abusos ocorrentes nesse domínio como os *cartéis*, os *trustes* e os *dumping's*, que são práticas que visam a eliminação da concorrência; e, finalmente, (c) a atuação do Estado sob a forma de *monopólio* de certas atividades.

Todavia, com o crescimento das finalidades do Estado, por vezes revela-se difícil identificar as funções ou atividades administrativas. Por essa razão, talvez seja melhor conceituar a administração pública, sob o ângulo funcional, de *forma remanescente* ou *por exclusão*, como o conjunto de funções ou atividades públicas que não correspondam às legislativas e jurisdicionais⁶².

61. Nesse sentido, PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, p. 59-60.

62. Nesse sentido, GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires: Macchi, 1997, t. 1, p. 7-9 e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., rev.,

12.2. Organização

Em conformidade com o art. 37, *caput*, a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organiza-se a partir de uma Administração direta e uma Administração indireta. Essa organização está relacionada às formas de realização da função administrativa. Nesse sentido, pode-se afirmar que a organização administrativa de todas as Entidades Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) compreende uma Administração Pública:

- *Direta ou Centralizada.* É aquela constituída a partir de um conjunto de órgãos públicos descentralizados, através dos quais o Estado desempenha diretamente a atividade administrativa. Aqui, é a própria pessoa política (Estado) que realiza diretamente a atividade administrativa, servindo-se de seus órgãos públicos (que são centros ou círculos de competências, desprovidos de personalidade jurídica, criados por lei).
- *Indireta ou Descentralizada.* É constituída a partir de um conjunto de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, responsáveis pelo exercício, em caráter *especializado e descentralizado*, de certa e determinada atividade administrativa, por outorga legal da entidade estatal. Consiste, pois, na criação de pessoas jurídicas, algumas de direito público, outras de direito privado, com personalidade jurídica própria, para exercerem parcela da competência administrativa do ente político que a criou e com o qual não se confunde. Tal criação se dará diretamente de lei específica (quando a entidade for a autarquia) ou simplesmente por autorização de lei específica (as demais entidades, que compreendem as fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Daí se percebe que a Administração Direta (ou centralizada) é composta de *órgãos públicos despersonalizados* e a Administração Indireta (ou descentralizada) é integrada por *entidades com personalidade jurídica própria*, algumas de direito público, outras de direito privado.

É importante deixar claro que a *descentralização administrativa* não se confunde com a *desconcentração administrativa*. Tanto uma quanto outra, é verdade, são formas de distribuição de competências administrativas.

ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.24, para quem função administrativa é "uma atividade de estatal remanescente, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, de modo que, como se pode antever, se estende sobre um vasto campo de competências, tão amplo e elástico conforme a doutrina política adotada confira ao Estado maior ou menor gama de atribuições administrativas".

Contudo, na descentralização administrativa essa distribuição se dá externamente, ou seja, de uma entidade para outra, pressupondo, portanto, duas pessoas jurídicas distintas, a estatal e a pessoa por ela criada. Já na desconcentração administrativa, a distribuição ocorre internamente, dentro da própria entidade, entre os seus próprios órgãos. A desconcentração cuida-se de uma técnica de administração, destinada a desafogar o exercício da função administrativa, haja vista que, podendo uma determinada entidade pública exercer sua atividade por meio de um único órgão público, ou seja, *concentradamente*, ela pode, para facilitar o desempenho dessa atividade, exercê-la por mais de um órgão, o que o faz *desconcentradamente*.

É necessário esclarecer, também, que a *descentralização administrativa* não se confunde com a *descentralização política*. Descentralização política é partilha ou repartição de competência político-constitucional, no Estado Federal, entre os entes políticos que o compõem, realizada diretamente pela própria Constituição. Descentralização administrativa é repartição de competência administrativa entre as entidades administrativas, procedida por lei da própria pessoa político-constitucional.

12.2.1. Administração direta

A Administração direta ou centralizada é aquela constituída a partir de um conjunto de órgãos públicos, através dos quais o Estado desempenha *diretamente* a atividade administrativa. Aqui, é a própria pessoa estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que executa *diretamente* a atividade administrativa. Para tanto, serve-se de seus órgãos públicos.

Segundo o art. 4º, inciso I, do Decreto-lei nº 200/67, a Administração direta da União se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Por esse paradigma, pode-se afirmar que a Administração direta dos Estados compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Governadoria dos Estados e das Secretarias respectivas e a Administração direta dos Municípios abrange os serviços integrados na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal e das Secretarias correspondentes.

Todos esses serviços, assim centralizados, ficam a cargo de órgãos públicos. Órgão público consiste num *centro* ou *círculo de competências* ou atribuições, despersonalizado e instituído por lei para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertence. Cada órgão público, com centro de competências políticas ou administrativas, dispõe necessariamente de funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos

ou retirados sem supressão do órgão⁶³. Em suma, o órgão público é um feixe de poderes e atribuições que compõe a intimidade da pessoa estatal. Corresponde a um conjunto de competências nele delimitadas e a ele conferidas por lei.

Os órgãos públicos não se confundem com a pessoa pública que integram. Correspondem a um conjunto de competências pertencentes à pessoa pública. Não existem por si, mas em razão de integrarem uma pessoa jurídica. Assim, os órgãos não têm personalidade jurídica e não podem demandar ou serem demandados em juízo, salvo quando necessitarem defender em juízo suas atribuições e prerrogativas. Desse modo, os órgãos podem se valer de mandado de segurança ou outra ação judicial adequada para garantirem suas prerrogativas e competências.

Os agentes públicos integram os órgãos e realizam em última instância a vontade estatal. Em razão disso, sua atuação sempre é imputada ao ente estatal. Isso porque, como os agentes integram o órgão e este, por sua vez, compõe a pessoa estatal, é ele, o órgão, que representa o elo da relação entre o agente público e a pessoa jurídica estatal. Tem-se aí a consagração da *teoria do órgão*, que foi adotada pelo direito brasileiro.

12.2.2. Administração indireta

A Administração indireta é constituída a partir de um conjunto de entidades, dotadas de personalidade jurídica, responsáveis pelo exercício, em caráter *especializado e descentralizado*, de certa e determinada atividade administrativa, por outorga legal da entidade estatal. Consiste, pois, na criação de pessoas jurídicas, algumas de direito público, outras de direito privado, com personalidade jurídica própria, para exercerem parcela da competência administrativa do ente político que a criou e com o qual não se confunde. Tal criação ocorrerá diretamente da *lei específica* (autarquias) ou simplesmente autorizada por *lei específica* (as demais entidades). Segundo o art. 4º, inciso II, alíneas *a, b, c e d*, do Decreto-lei nº 200/67, tais entidades que integram a Administração indireta são:

- a) Autarquias;
- b) Fundações;
- c) Empresas públicas e
- d) Sociedades de economia mista.

63. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 66-67.

Todavia, em face do advento da Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispôs sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *contratarem consórcios públicos* para a realização de objetivos de interesse comum, foi prevista a possibilidade de mais uma entidade da Administração indireta: as *associações públicas*, que são entidades formadas por consórcios públicos celebrados entre as entidades da Federação com natureza de pessoa jurídica de direito público. Com efeito, nos termos do aludido diploma legal, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções (art. 6º). O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, § 1º). O art. 16 da Lei deu nova redação ao art. 41 do código civil para inserir, ao lado das autarquias, as associações públicas, como pessoas jurídicas de direito público interno.

As autarquias e fundações públicas de direito público são pessoas jurídicas de direito público; enquanto as fundações públicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado. No âmbito da União, essas entidades *vinculam-se* ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. Tal vinculação não sugere, nem poderia, a existência de qualquer subordinação hierárquica (que existe apenas entre os órgãos da Administração direta) entre essas entidades da Administração indireta e a entidade estatal.

Em verdade, a entidade estatal ou central exerce tão-somente um *controle administrativo* (conhecido como *tutela administrativa*) sobre as entidades da Administração indireta. Na Administração Pública Federal, esse controle recebe a designação de *supervisão ministerial*, a cargo do Ministro de Estado que a exerce através da orientação, coordenação e controle das atividades das entidades vinculadas ao respectivo Ministério. Segundo o art. 26 do Decreto-lei nº 200/67, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente, a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

12.3. Regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública

O regime jurídico-administrativo é o regime jurídico ao qual se encontra submetida a Administração Pública direta e indireta. Compreende um conjunto de princípios constitucionais que governam toda a atuação dos

agentes públicos no desempenho das funções administrativas, conformando toda a Administração Pública.

O *caput* do art. 37 faz referência expressa a cinco princípios constitucionais da Administração, quando assevera que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Contudo, na parte final de sua redação, o dispositivo em comento conclui afirmando: e, também, ao seguinte. Logo após, elenca, em incisos e parágrafos, diversas exigências e condições à Administração Pública, que também integram o chamado regime jurídico-administrativo. Assim, além dos cinco princípios expressados no *caput* do art. 37, há outros princípios previstos, decorrentes dos incisos e parágrafos que integram o preceito comentado e que serão objeto de anotações mais adiante.

O regime jurídico-administrativo foi construído a partir de dois grandes princípios jurídicos: a) *O princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados* e b) *O princípio da indisponibilidade do interesse público*. Toda Administração Pública está assentada sobre estes dois princípios magnos.

Em face da supremacia do interesse público, a Administração Pública, a quem compete curá-lo, goza de significativas prerrogativas, de modo que, com fundamento nele e para servir exclusivamente os interesses coletivos, pode intervir na propriedade privada (com as limitações e servidões administrativas, as ocupações temporárias, as requisições administrativas, o tombamento e a desapropriação); rever os seus próprios atos, corrigindo-os diretamente, por meio da revogação e da invalidação; executar diretamente grande parte de seus atos, que se presumem legítimos e verídicos; alterar e rescindir unilateralmente os contratos administrativos que celebra; ostentar posição de privilégio diante dos particulares, uma vez que desfruta de prazos dilatados nos processos judiciais em que é ré (quádruplo para contestar e em dobro para recorrer), além de juízo privativo (vara de Fazenda Pública) e de processo de execução específico de seus débitos (através de precatórios), etc. É importante advertir que essas prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser empregadas legitimamente para satisfazer os interesses públicos, e não para atender os interesses ou conveniências tão-somente do aparelho estatal e muito menos dos agentes públicos.

Todavia, em razão da indisponibilidade do interesse público, os próprios sujeitos da Administração Pública não têm a disponibilidade sobre ele. Têm, isto sim, o dever de protegê-lo e conservá-lo nos estritos termos das

finalidades públicas legalmente preestabelecidas. Por isso mesmo, a Administração Pública submete-se a sujeições ou restrições, decorrentes da necessidade de proteção dos direitos dos administrados, que "limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração"⁶⁴.

Desses dois grandes princípios jurídicos – princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e princípio da indisponibilidade do interesse público – decorrem outros princípios que compõem, juntamente com aqueles, o conteúdo do regime jurídico-administrativo. Vejamos a seguir os principais, esclarecendo que tais princípios gozam de *imediata aplicabilidade*, não dependendo de lei formal para produzirem os seus efeitos e vincularem a Administração, como, a propósito, já decidiu o STF: "Administração pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, *caput*, da CF. (...) Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Precedentes. RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante de cargo em comissão." (RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-8-08, DJE de 24-10-08). (grifos nossos).

12.3.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Este princípio exalta a superioridade do interesse da coletividade, estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, como condição indispensável de assegurar e viabilizar os interesses individuais. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados nos seus direitos e bens⁶⁵.

A posição de supremacia é muitas vezes expressada através da afirmação de que vigora a *verticalidade* nas relações entre Administração e particulares, ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre particulares. Isso significa que o Poder Público se encontra em situação de comando e autoridade relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Isso implica

64. PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, p. 66.

65. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 30.

o reconhecimento de uma *desigualdade jurídica* entre a Administração e os administrados. Compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela e também o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Da conjugação da posição privilegiada com a posição de supremacia, resulta a exigibilidade dos atos administrativos, e, em certas hipóteses, a exectoriedade (até com compulsão material) sobre a pessoa ou coisa, como a execução de ofício. Há também a possibilidade, nos limites da lei, de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como de decretação de nulidade deles, quando viciados, dentro do que se denomina de autotutela⁶⁶.

Na doutrina Italiana é corrente a distinção entre *interesses públicos primários*, que são os interesses da coletividade como um todo e *interesses públicos secundários*, que são os interesses do Estado como sujeito de direitos, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros. O Princípio sob comento somente se aplica aos interesses primários, únicos que podem ser concebidos como verdadeiros interesses públicos. Por isso, os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos pela Administração Pública.

Os interesses públicos primários, ou interesses públicos propriamente ditos, correspondem, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao "*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*". Isto é, os interesses públicos são a dimensão ou face pública ou coletiva dos interesses individuais, vale dizer, um plexo ou entrelaçamento dos interesses dos indivíduos que compõem o corpo social.

Os interesses do Estado, quando não correspondem aos interesses primários, não são interesses públicos propriamente ditos.

É por isso que, como acima ficou registrado, as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado somente podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos primários, e não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal (interesses secundários), e muito menos dos agentes governantes.

66. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 30.

Ademais, cumpre acentuar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais. Ora, se o interesse público resulta da soma "dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações"⁶⁷, é inegável que a supremacia do interesse público avulta como condição de garantia dos próprios direitos fundamentais.

12.3.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público

Sendo o interesse público qualificado como próprio da coletividade, este não se encontra à livre disposição de quem quer que seja, por ser insuscetível de apropriação. Os próprios sujeitos da Administração que o representam não têm disponibilidade sobre o mesmo, haja vista que lhes incumbe tão-somente curá-lo, no desempenho de um dever.

Na Administração Pública, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Ao contrário, cumpre ao administrador o dever de protegê-los nos termos da finalidade legal a que estão adstritos.⁶⁸

12.3.3. Princípio da Legalidade

Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.

Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a idéia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a idéia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei.

Na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Aqui não se aplica a autonomia das vontades das relações entre particulares.

67. GONZALEZ, Alice Borges. 'Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?'. In: *Revista Gestão Pública e Controle*. Tribunal de Contas da Bahia, p. 51, p. 27-56, v.1, n. 2, ago./2006.

68. STF, 1ª Turma, RE 253885-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 21.06.2002, p. 796: "(...) os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização."

Em suma, esse princípio, explicitamente previsto no *caput* do art. 37 da CF/88, implica que a atuação administrativa esteja em compasso com a lei e autorizada por ela.

Este princípio, entretanto, pode sofrer constrictões provisórias e excepcionais, em situações especiais e expressamente previstas na Constituição, como nas hipóteses permissivas de medidas provisórias (*provimentos normativos urgentes editados pelo Presidente da República em caso de urgência e relevância*) e na vigência do Estado de Defesa e Estado de Sítio (*Estados de Exceção, durante os quais se instaura no Brasil um regime de Constitucionalidade Extraordinária, com a suspensão até de direitos e garantias fundamentais*).⁶⁹

12.3.4. Princípio da Impessoalidade

Este princípio exige que a atividade administrativa seja exercida de modo a atender a todos os administrados, ou seja, a coletividade, e não a certos membros em detrimento de outros, devendo apresentar-se, portanto, de forma impessoal. A atuação impessoal da Administração Pública é imperativo que funciona como uma via de mão dupla, pois se aplica em relação ao administrado e ao administrador. Assim, de referência ao administrado, a atividade administrativa deve ser necessariamente uma atividade destinada a satisfazer a todos, de sorte que a Administração Pública não pode atuar de forma a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento; já respeitante ao administrador, ela é imputada à pessoa jurídica, jamais à pessoa física dos agentes públicos. Isso quer dizer que este princípio também significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao agente que os pratica, mas sim ao órgão ou entidade da Administração Pública, em nome dos quais o agente atua.

Esse princípio, além de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 37, *caput*), aparece implicitamente no art. 2º, parágrafo único, III, da Lei 9.784/99, segundo o qual, nos processos administrativos serão observados os critérios de "objetividade no atendimento de interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades".

A própria Constituição, no § 1º do art. 37, estabelece que "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, *dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*" (grifos nossos).

Outra aplicação deste princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por agente

irregularmente investido no cargo ou função, sob o fundamento de que os atos são do órgão, e não do agente público.

12.3.5. Princípio da Moralidade

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, exaltou a *moralidade jurídico-administrativa* como importante princípio reitor da Administração Pública. Sua origem remonta à antiga Roma, a partir da máxima de que nem tudo o que é legal é honesto.

Segundo Maurice Hauriou, sistematizador deste princípio na França, em 1927, a moralidade administrativa é um conjunto de regras de conduta tiradas da boa e útil disciplina interna da Administração.

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um *padrão de conduta* que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé.

Enfim, esse princípio determina o emprego da ética, da honestidade, da retidão, da probidade, da boa-fé e da lealdade com as instituições administrativas e políticas no exercício da atividade administrativa. Violá-lo macula o senso comum.

No Brasil, foi Manoel de Oliveira Franco Sobrinho quem primeiro defendeu, em 1974, a moralidade administrativa como princípio de observância obrigatória no exercício da atividade administrativa, controlável judicialmente. Segundo o autor, a atividade administrativa, ainda que desempenhada conforme as prescrições legais, não se justifica quando motivada por razões outras que não encontram garantia no interesse público. Defende o autor, com isso, a lisura e a exação nas práticas administrativas⁶⁹.

Cumpra esclarecer que a moralidade não se confunde com a legalidade administrativa. A norma ou atividade pode estar perfeita do ponto de vista legal, mas moralmente deficiente, caso não represente atitude ética e de boa-fé, não sendo útil a adoção desta norma ou atividade.

Por isso, a Constituição de 1988, além de adotar ineditamente o princípio no *caput* do art. 37, ampliou o rol de proteção por meio da ação popular, incluindo a moralidade administrativa entre os bens jurídicos tuteláveis

69. SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O controle da moralidade administrativa*, p. 18-22 e 186.

por iniciativa do cidadão (art. 5º, LXXIII, CF). A moralidade consiste, pois, na honestidade, na ética, na boa-fé e na probidade administrativa que devem governar os agentes públicos no trato e na gestão dos negócios coletivos.

No Direito Administrativo, a idéia de moralidade iniciou com o problema do exame do desvio de poder (que hoje significa ilegalidade, segundo o art. 2º, par. ún., “e”, da Lei 4.717/65).

A moral administrativa é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo que discricionário. Ela deve ser observada não apenas pelos administradores, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São freqüentes, em matéria de licitação, os conluíus entre os licitantes, o que caracteriza ofensa ao referido princípio.

Segundo Di Pietro, haverá ofensa ao princípio em exame “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração Pública ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, ou a idéia comum de honestidade”⁷⁰.

Segundo o STF, o princípio da moralidade administrativa revela-se como *valor constitucional* impregnado de substrato ético e erigido à condição de *vetor fundamental* que rege as atividades do Poder Público, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado, como resulta da proclamação inscrita no art. 37, caput, da Constituição da República. Nesse contexto, o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa faz instaurar situações de inconstitucionalidade.

Ainda em consonância com aquela Corte, atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos em que se funda a ordem positiva do Estado. É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos

70. Op. cit., p. 79.

órgãos e agentes governamentais. Na realidade, e especialmente a partir da Constituição promulgada em 1988, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos, que, fundados, ou não, em competência discricionária, tenham emanado de autoridades ou órgãos do Poder Público⁷¹.

12.3.6. Princípio da Publicidade

Esse princípio exige uma atividade administrativa *transparente* ou *visível*, a fim de que o administrado tome conhecimento dos comportamentos administrativos do Estado. Assim, todos os atos da Administração Pública devem ser públicos, de conhecimento geral. Em consequência deste princípio, expressado no *caput* do art. 37, todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral (CF/88, art. 5º XXXIII).

A publicidade é a regra, porém a Constituição Federal abre-lhe exceções, seja por exigência dos interesses sociais, seja por imperativos da segurança do Estado. É o que consta, aliás, do art. 5º, inciso XXXIII, *verbis*:

“XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*” (grifos nossos).

A Lei nº 11.111, de 05 de maio de 2005, regulamentou a parte final deste dispositivo constitucional. De acordo com o artigo 2º da Lei, o “acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal”. Em consonância com o art. 3º da referida Lei, os “documentos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado poderão ser classificados no mais alto grau de sigilo, conforme regulamento”. A Lei ainda prevê a instituição, pelo Poder Executivo, de Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, com a finalidade de decidir sobre a aplicação da ressalva ao acesso de documentos públicos.

71. STF, ADI 2661, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 23.08.2002, P. 70.

12.3.7. Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência, que integra o *caput* do art. 37 da CF/88 por força da EC nº 19/98, trouxe para a Administração Pública o dever explícito de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*⁷².

A atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer idéia de burocracia.

Deve ser, outrossim, *perfeita*, no sentido de satisfatória e completa. Uma Administração Pública morosa e deficiente se compromete perante o administrado com o dever de indenização pelos danos causados e decorrentes da falta de rapidez e perfeição.

Ademais, é preciso ser *rentável*, pois ela deve atuar da forma menos onerosa possível, porém com a máxima produtividade, para alcançar resultados ótimos.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e pode também ser considerado em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados no desempenho da função ou atividade administrativa⁷³.

A prova disso é que a Constituição Federal de 1988, em face da EC nº 19/98, passou a prever um procedimento de avaliação periódica de desempenho, para apurar a eficiência do servidor público estável, autorizando a demissão do servidor na hipótese de comprovada ineficiência (art. 41, § 1º, III). Na legislação ordinária, ainda há a possibilidade de qualificação como *agência executiva* das autarquias e fundações públicas que, comprometidas a reestruturar seus modelos de gestão à vista de uma maior eficiência, celebram contrato de gestão com seus Ministérios supervisores.

No âmbito da ciência da Administração, costuma-se distinguir *eficiência* e *eficácia*. A *eficiência* seria o emprego de meios adequados, visando garantir a melhor utilização dos recursos disponíveis; preocupa-se, assim, com os meios, os métodos e procedimentos de trabalho adotados no âmbito interno

da Administração. Já a *eficácia* consistiria no sucesso dos resultados obtidos; preocupa-se com os fins, não com os meios.

A idéia que decorre do princípio constitucional da eficiência deve abranger tanto o sucesso dos meios (eficiência), como o sucesso dos fins (eficácia), visando atender aquilo que a doutrina contemporânea vem chamando de *efetividade administrativa*. Isso porque, a "efetividade surge quando se alcançam os resultados através do emprego dos meios adequados"⁷⁴.

12.3.8. Princípio da Finalidade Pública

A Administração Pública só existe e se justifica para atender a um *fim público*, que é o *resultado* que se busca alcançar com a prática do ato, e que consiste em satisfazer, em caráter geral e especial, os interesses da coletividade. Caso contrário estar-se-á diante de um *desvio de finalidade* ou *desvio de poder*, que acarreta a invalidação do ato administrativo.

Assim, há uma finalidade pública *geral* que é aquela prevista em todas as leis, por imperativo da ordem jurídica; e uma finalidade pública *especial* que é aquela ditada pela lei à qual se esteja dando execução.

O desvio de finalidade, por conseguinte, pode ser *genérico* ou *específico*. Diz-se genérico quando a Administração Pública deixa simplesmente de atender ao interesse público, desviando-se para socorrer interesses privados. Diz-se específico quando a Administração pública desatende a finalidade indicada na lei, visando outra ainda que pública.

Quando se desvia de um interesse público para outro interesse público há, ainda aqui, uma afronta ao princípio da finalidade pública, uma vez que a atividade administrativa é sempre vinculada a um fim público determinado.

Nesse sentido, em magistral síntese, Celso Antônio Bandeira de Mello, quando esclarece que o aludido princípio "impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que 'o fim perseguido, se

72. GASPARINI, Diogenes. *Curso de Direito Administrativo*, p. 19.

73. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. op. cit., p. 83.

74. Raquel Melo Urbano de Carvalho, *Curso de Direito Administrativo*, Salvador: Ed. Juspodivm, 2008, p. 188.

bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato"⁷⁵.

Assim, há desvio genérico de finalidade quando um prefeito remove um servidor público para satisfazer sentimento de vingança. Nessa hipótese, o objetivo é atender a um interesse pessoal. E há desvio específico de finalidade quando um prefeito remove um servidor público como modo de aplicar uma merecida sanção disciplinar por infração administrativa. Já nesse caso, ao invés de atender o fim público específico previsto em lei para o ato de remoção (satisfazer certa necessidade do serviço), visa-se atender também um fim público, mas previsto na lei especificamente para outro ato (punição disciplinar). Vale dizer, no desvio específico há uma inversão de finalidades: ao invés de o ato X atender a sua finalidade X, ele se propõe a atender a finalidade Y, prevista legalmente para o ato Y.

Os atos nos quais ocorre o desvio de finalidade, seja genérico ou específico, sujeitam-se ao controle do Judiciário, tendo em vista que tal desvio torna o ato ilegal (porque a finalidade vincula). Toda finalidade pública está prevista na lei.

12.3.9. Princípio da Presunção de Legitimidade

Este princípio, mais conhecido com um dos atributos do ato administrativo, faz presumir que toda atividade administrativa está em absoluta conformidade com as normas jurídicas. Por isso, havendo violação do direito do particular, este deverá demonstrá-la, uma vez que milita em favor de todos os atos administrativos a presunção de legitimidade.

A presunção de legitimidade não se confunde com a presunção de veracidade, haja vista que a veracidade diz respeito aos fatos declarados pela Administração Pública.

Tanto a presunção de legitimidade quanto a de veracidade podem ser contestadas, desde que o administrado prove o contrário, pois são presunções só relativas, ou *iuris tantum*. Todavia, enquanto não declarada a ilegitimidade ou a não veracidade do ato, ele continua a produzir efeitos, em decorrência dessas presunções.

12.3.10. Princípio da Autotutela

Pelo princípio da autotutela, a Administração Pública pode, diretamente e sem intervenção do Judiciário, rever os seus próprios atos, para corrigi-los,

75. Op. cit., p. 78.

seja quando não mais convenientes e oportunos, seja quando ilegais. Desse modo, pode a Administração Pública revogar os seus atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade ou invalidá-los (ou anulá-los como tradicionalmente se diz), quando eivados de ilegalidade.

Cumpra-se sublinhar que essa capacidade que tem a Administração Pública de corrigir os seus próprios atos quando eivados de vícios de ilegalidade não se trata de uma faculdade, mas de um *dever* de restaurar a legalidade rompida pela sua atuação ilegal que decorre do dever de legalidade a que se submete.

Advirta-se, entretanto, que esse controle interno que a Administração Pública pode exercer sobre os seus próprios atos não é definitivo nem afasta o controle externo por parte de outros órgãos. Não é definitivo porque ainda pode ser contrastado judicialmente por quem se sentiu prejudicado com a revogação ou com a invalidação. Nem afasta o controle externo de outros órgãos porque o Judiciário e o Legislativo, este inclusive com o auxílio do Tribunal de Contas, podem fazê-lo no exercício de suas atribuições constitucionais.

Soam pertinentes as lições de Hely Lopes Meirelles quando sustenta que a "Administração, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se não o fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciárias"⁷⁶.

Tão importante afigura-se essa autotutela da Administração Pública que o Supremo Tribunal Federal consolidou esse entendimento nas súmulas 346 e 473, *in verbis*:

Súmula 346 STF – A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 STF – A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

76. Op. cit., p. 194.

Em posição idêntica, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe, no art. 53, que a "Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

É preciso esclarecer, porém, que a *autotutela* não se confunde com a *tutela administrativa*. Esta consiste no controle que a Administração direta exerce sobre as entidades da Administração indireta.

12.3.11. Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos

Todo ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, está sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário. Isso significa que vige entre nós o sistema da *jurisdição única* ou *sistema inglês* do controle judicial, que se contrapõe ao sistema do *contencioso administrativo* ou *sistema francês da dualidade da jurisdição*.

Na França, devido a uma rígida separação de poderes, o controle dos atos da Administração Pública está exclusivamente reservado a uma jurisdição administrativa, que tem como órgão de cúpula o Conselho de Estado Francês. A jurisdição dos órgãos do Poder Judiciário, naquele país, está limitada às questões particulares, não podendo os juízes controlarem os atos da Administração.

No Direito brasileiro, porém, cumpre ao Poder Judiciário, em sede definitiva, o controle de legitimidade tanto dos atos dos particulares como dos atos da Administração Pública.

O controle judicial não mais se limita aos aspectos estritos da legalidade. Ele é mais amplo e tem por parâmetro todos os princípios constitucionais, além do princípio da legalidade estrita. Em razão disso, o Poder Judiciário está habilitado pela ordem jurídico-constitucional a investigar e controlar o ato da Administração quer quanto à legalidade propriamente dita, quer quanto à impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, etc.

E quanto ao controle dos atos políticos? Sabe-se que os atos políticos (ou de governo) não são atos administrativos, pois decorrem do exercício de funções políticas ou de governo. Conforme reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, esses atos, em razão da ampla liberdade política com que são editados, não se submetem ao controle judicial. Porém, há quem afirme, com muita propriedade, que o ato político deve se submeter a

controle judicial quando vier a ferir princípio constitucional⁷⁷. Compartilhamos desse entendimento. Não é admissível que um ato, qualquer que seja a sua natureza e origem, fique imune ao princípio da constitucionalidade, que impõe conformidade material e formal de todos os atos do poder público à Constituição.

12.3.12. Princípio da Motivação

O princípio constitucional em tela se traduz na exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam *fundamentados*.

Cumprido, em esclarecimento preliminar, não confundir *motivação* com o *motivo* do ato. Motivo é um dos elementos ou requisitos de todo ato administrativo que consiste na situação de fato ou de direito que autoriza ou determina a edição do ato. Motivação é a revelação ou exteriorização *formal* do motivo, integrando a própria *forma* do ato administrativo (que, na praxe administrativa, vem sob a forma de "considerandos" que antecedem a decisão de expedir o ato). Isso porque, a motivação consiste na exposição, *por escrito* (que é a forma do ato), do motivo do ato administrativo.

No Estado Democrático de Direito não se concebe ato administrativo sem motivação. A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e *administrativas* do Poder Judiciário, em razão do exposto no art. 93, incisos IX e X, respectivamente. E como bem anota Lúcia Valle Figueiredo, "se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?"⁷⁸. A Lei nº 9.784/99 abrigou, de forma expressa, no art. 2º, *caput*, o princípio da motivação como princípio da Administração Pública.

Segundo o art. 50 da referida lei, impõe-se a motivação dos atos administrativos, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais e importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

77. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 343.

78. Curso de Direito Administrativo, p. 51.

A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Nestes termos, a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. Em certos atos vinculados a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação, uma vez que nos atos vinculados os motivos já vêm expressados na lei, de modo que a aplicação desta é quase automática. Nos atos discricionários, ante os quais a Administração goza de relativa liberdade de escolha, inclusive quanto aos motivos, apesar desta envolver mérito administrativo, haverá, com maior razão ainda, necessidade de motivação.

Tem se entendido que satisfaz a exigência da motivação se, a esse título, o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo ou com apoio em determinado parecer. Nessas situações, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos (STJ, DJU de 06.03.95).

Enfim, via de regra, o ato administrativo deve ser sempre motivado, pouco importando que ele seja discricionário ou vinculado. A motivação pode ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Contudo, a própria Constituição abre algumas exceções ao princípio da motivação obrigatória dos atos administrativos: os cargos em comissão, por exemplo, são de livre nomeação e exoneração; ou seja, o ato de exoneração do servidor público de um cargo em comissão ou de uma função de confiança não precisa ser motivado. Entretanto, se o administrador motiva qualquer destes atos, ele estará vinculado ao motivo, em face da aplicação da *teoria dos motivos determinantes*.

A teoria dos motivos determinantes implica para a Administração Pública a total *vinculação* com os motivos que apresenta para a prática do ato, de tal sorte que, inexistentes os motivos, expõe-se o ato à invalidação.

Assim, em razão do princípio da motivação, a Administração Pública deve fundamentar os atos que expede e revelar os motivos que ensejaram a sua atuação. Já em decorrência da teoria dos motivos determinantes, a Administração Pública está vinculada e adstrita aos motivos que indica. O que significa que não basta motivar ou fundamentar o ato ou a decisão administrativa. É mister, ademais, que o motivo que ensejou a edição do ato ou da decisão exista e seja idôneo.

12.3.13. Princípio da Responsabilidade do Estado

O Estado, por se sujeitar à ordem jurídica, é responsável perante os administrados, por danos que porventura lhes venha infligir. Possui, assim, obrigação de reparar danos causados a terceiros.

Não mais se concebe, no mundo civilizado, Estado irresponsável. Os EUA e a Inglaterra, os últimos refratários, abandonaram a teoria da irresponsabilidade em 1946 e 1947, respectivamente. No Brasil, o Estado responde civilmente por seus comportamentos administrativos tanto objetivamente quanto subjetivamente, com base, respectivamente, numa *mera relação causal* entre esse comportamento e o dano (teoria do risco) e na *culpa administrativa* (teoria da culpa do serviço).

12.3.14 Princípio do acesso universal aos cargos, empregos e funções públicas

Na Administração Pública, todos podem ter acesso aos cargos, empregos e funções públicas, para trabalharem como agentes públicos, desde que cumpram as exigências estabelecidas em lei. É o que preconiza o art. 37, inciso I, da Constituição Federal, que consagra o princípio do *acesso universal* aos cargos, empregos e funções públicas, proclamando que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros que cumpram os requisitos fixados em lei e aos estrangeiros na forma da lei⁷⁹. Assim, em face do preceito em tela, (1) não é possível se restringir o acesso aos cargos, empregos e funções públicas a determinados grupos ou categorias, estando vedada, portanto, a figura do concurso interno, e (2) somente a lei pode estabelecer, de modo razoável e proporcional, os requisitos de acesso.

É por essa razão que, segundo a súmula nº 14, do STF, "Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público"⁸⁰. Bem assim, em face da súmula nº 683, do STF, que "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido". Na mesma direção vai a súmula

79. Prevê o art. 207 da Constituição Federal que é facultado às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

80. No mesmo sentido, e mais recentemente: "Concurso público. Lei 7.289/1984 do Distrito Federal. Limitação de idade apenas em edital. Impossibilidade. A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei." (RE 559.823-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27-11-07, DJE de 1º-2-08). Vide: RE 558.833-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-9-09, 2ª Turma, DJE de 25-9-09.

nº 686, também da Suprema Corte, segundo a qual “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”⁸¹. Vide, outrossim, o seguinte acórdão: “Constitucional. Administrativo. Concurso público. Policial militar. Altura mínima. Previsão legal. Inexistência. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes.” (AI 723.748-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-08, DJE de 7-11-08).

De observar-se, por conseguinte, que só a lei pode estabelecer os requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções públicos, desde que proceda de forma razoável, proporcional e plenamente justificável pela natureza e complexidade das atribuições do cargo a ser provido⁸².

12.3.15 Princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos

Para ter acesso aos cargos e empregos públicos, é necessário a prévia aprovação em concurso público. Assim exige o art. 37, inciso II, da Carta Magna, segundo o qual *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*.

81. E mesmo assim, nessas condições: “Concurso público: além da necessidade de lei formal prevendo-o como requisito para o ingresso no serviço público, o exame psicotécnico depende de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se desdobra: precedentes.” (RE 417.019-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-07, DJ de 14-9-07). Isso porque: “O exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes.” (AI 625.617-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-07, DJ de 3-8-07).

82. “A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar n. 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende.” (ADI 1.040, Rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-11-04, DJ de 1ª-4-05). Ver também: “Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 37, I, 39, § 2º. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Mato Grosso – vinte e cinco anos e quarenta e cinco anos – é razoável, portanto não ofensivo à Constituição, art. 7º XXX, ex vi do art. 39, § 2º. Precedentes do STF: RMS 21.033/DF, RTJ 135/958; RMS 21.046; RE 156.404/BA; RE 157.863/DF; RE 136.237/AC; RE 146.934/PR; RE 156.972/PA.” (RE 184.635, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26-11-96, DJ de 4-5-01).

Em razão do preceito em tela, os cargos públicos e os empregos públicos, ressalvados aqueles de provimento em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, só podem ser providos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. Cumpre sublinhar, contudo, que diferentemente da Constituição de 1967 que exigia o concurso público apenas para a primeira investidura em cargo público (CF/1967, art. 97, § 1º), a Constituição Federal de 1988 instituiu, no inciso II do art. 37, o concurso público como forma de acesso aos cargos e empregos públicos, independentemente de ser a primeira investidura ou não, ressalvada, neste caso, a hipótese de promoção na mesma carreira. Nesse sentido, é importante conferir o seguinte acórdão do STF: “Servidor público. Cargos públicos. Mesma carreira. Promoção. Constitucionalidade. A investidura de servidor público efetivo em outro cargo depende de concurso público, nos termos do disposto no artigo 37, II, da CF/88, ressalvada a hipótese de promoção na mesma carreira. Precedentes.” (RE 461.792-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, 2ª Turma, DJE de 15-8-08). No mesmo sentido: AI 658.449-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-8-09, 1ª Turma, DJE de 23-10-09.

O concurso será de provas e títulos quando a natureza e a complexidade do cargo ou emprego exigirem, na forma prevista em lei. A Constituição Federal, contudo, já impõe o concurso público de provas e títulos para alguns cargos públicos, a exemplo dos cargos de Juiz (art. 93, I); de Promotor (art. 129, § 3º); da carreira da Advocacia da União (art. 131, § 2º); do cargo de Procurador do Estado (art. 132); de Defensor Público da União, do Distrito Federal e dos Estados (art. 134, § 1º) e do ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º).

A exigência do concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos reveste-se de caráter ético e moralizador, e visa assegurar a igualdade, impessoalidade e o mérito dos candidatos⁸³. Dessa forma, tal exigência só pode ser excepcionada nas restritas hipóteses previstas pela própria

83. “A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes:

ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 9-8-1996) e ADI 208, Rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19-12-2002), entre outros.” (ADI 100, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-9-04, DJ de 1ª-10-04). No mesmo sentido: ADI 88, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-5-00, DJ de 8-9-00; ADI 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-2-07, DJ de 16-3-07; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-2-07, DJ de 27-4-07.

Constituição Federal, uma vez que, segundo a súmula nº 685, do STF, “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”.

Vide, a propósito, o seguinte acórdão do STF: “Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a ‘promoção’. Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o ‘aproveitamento’, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro.” (ADI 231, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-8-92, Plenário, DJ de 13-11-92). **No mesmo sentido:** MS 22.148, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-12-95, Plenário, DJ de 8-3-96.

A exigência de concurso público não alcança as funções públicas, mas somente os cargos e empregos públicos, como previsto no art. 37, II. Isso porque, as funções públicas sem cargo ou sem emprego, mais conhecidas por funções autônomas, limitam-se às funções temporárias (art. 37, IX) e às funções de confiança (art. 37, V), para as quais, por razões óbvias, a Constituição dispensa a exigência do concurso público. Também não se exige concurso público para o provimento dos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, desde que destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, II e V)⁸⁴. Ademais, por força da EC

84. Ver, STF: “Lei estadual que cria cargos em comissão. Violação ao art. 37, incisos II e V, da Constituição. Os cargos em comissão criados pela Lei n. 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento,

nº 51/2006, que incluiu os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição, não se exige concurso público, *mas tão-somente processo seletivo público*, para admissão, pelos gestores locais do SUS, dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias.

Cumpra também esclarecer que a exigência de concurso público se aplica tanto à Administração Pública direta como à Administração Pública indireta. Tanto é assim, que a Constituição de 1988 impõe o concurso público para o acesso a cargos públicos (unidade de atribuições criada por lei e organizada na estrutura da Administração direta) e a empregos públicos (unidade de atribuições criada no âmbito das entidades de direito privado que integram a Administração indireta). Vide, a respeito, o seguinte acórdão do STF: “Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Concurso público. Inobservância. Nulidade do contrato de trabalho. Efeitos. Saldo de salário. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas (...) não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público.” (AI 680.939-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-11-07, 2ª Turma, DJE de 1º-2-08). **No mesmo sentido:** AI 751.870-AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 25-8-09, 1ª Turma, DJE 29-10-09; AI 743.712-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-6-09, 2ª Turma, DJE de 1º-7-09.

Em face do art. 37, inciso III, uma vez realizado o concurso público, o seu prazo de validade será de *até dois anos*, prorrogável *uma vez, por igual período*. Todavia, ultrapassado o prazo inicial, não é mais possível prorrogar-se o prazo de validade do concurso, como já decidiu o STF: “Impossibilidade de prorrogar a validade do concurso quando já expirado o seu prazo inicial.” (AI 452.641-AgR, Nelson Jobim, julgamento em 30-9-03, DJ de 5-12-03). No mesmo sentido: “Ato do Poder Público que, após ultrapassado o primeiro biênio de validade de concurso público, institui novo período de dois anos de eficácia do certame ofende o art. 37, III da CF/88. Nulidade das nomeações realizadas com fundamento em tal ato, que pode ser declarada pela Administração sem a necessidade de prévio processo administrativo, em

chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. Ação julgada procedente.” (ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-0-07, DJ de 5-10-07).

homenagem à Súmula STF n. 473." (RE 352.258, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27-4-04, DJ de 14-5-04)⁸⁵.

Porém, também já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade." (RE 192.568, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-4-96, DJ de 13-9-96). No mesmo sentido: RE 419.013-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-6-04, DJ de 25-6-04.

Ressalte-se, ademais, que o STF adotou a súmula nº 15, segundo a qual "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação". Assim como que é direito subjetivo do nomeado tomar posse, conforme reconhece a súmula 16 do Supremo Tribunal Federal: "*Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse*".

Já por força do art. 37, inciso IV, durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira. Mas vem entendendo o STF que é necessário que o aprovado em concurso seja classificado, para gozar do direito de ser convocado com prioridade: "Concurso público. Candidatos aprovados, mas não classificados. Preferência de nomeação em relação a classificados em concurso posterior. Impossibilidade. Súmula n. 15 do STF. Reexame de fatos e de provas. O aprovado não classificado em concurso público não tem preferência de nomeação em relação a aprovado em concurso posterior, mesmo que este tenha sido realizado no prazo de validade do certame anterior. Reexame de fatos e provas." (AI 711.504-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-6-08, DJE de 27-6-08).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento segundo o qual o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas, tem o direito subjetivo de ser nomeado. Veja o seguinte

85. Vide também: "Serviço público. Cargo público. Concurso. Prazo de validade. Expiração. Pretensão de convocação para sua segunda etapa. Improcedência. Existência de cadastro de reserva. Irrelevância. Aplicação do acórdão do RMS n. 23.696. Precedente do Plenário que superou jurisprudência anterior, em especial o julgamento dos RMS n. 23.040 e n. 23.567. Agravo improvido. Expirado o prazo de validade de concurso público, não procede pretensão de convocação para sua segunda etapa, sendo irrelevante a existência de cadastro de reserva, que não atribui prazo indefinido de validade aos certames." (RMS 25.310-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-08, DJE de 6-2-09).

acórdão: "1. A aprovação do candidato no limite do número de **vagas** definido no Edital do **concurso** gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. Entretanto, se aprovado nas **vagas** remanescentes, além daquelas previstas para o cargo, gera-se, apenas, mera expectativa de direito. 2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os aprovados no limite das **vagas** previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas **vagas** remanescentes. 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do **concurso público**, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das **vagas** ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo **público**. Precedentes: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG. 4. No caso, uma recorrente foi aprovada dentro do número de **vagas** disposto no Edital e detém direito subjetivo ao provimento no cargo; a outra candidata foi aprovada nas **vagas** remanescentes e não comprovou a violação da ordem de convocação dos classificados ou a contratação irregular de servidores, detendo, tão somente, mera expectativa de direito à nomeação. 5. Recurso Ordinário parcialmente provido, para determinar a nomeação, exclusivamente, da candidata aprovada dentro do número de **vagas** previstas no Edital. (STJ, 5ª Turma, RMS 25957/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 23.06.2008 p. 1).

Com efeito, não é legítimo que a administração pública, após desgastante concurso público, frustre as justas expectativas de candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital. Os princípios da legalidade, da razoabilidade e da moralidade administrativa impõem a nomeação de candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital, não podendo na hipótese se falar em conveniência e oportunidade da administração. A nova dogmática constitucional dos direitos fundamentais, com a sua centralidade no sistema jurídica, tem exigido maior respeito aos direitos dos candidatos aprovados em concurso público, não havendo muito espaço para as opções discricionárias da administração pública. Nesse passo, deve ser entendida como superada a idéia, fruto de um ranço autoritário, de que o candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas previstas em edital, tem mera expectativa de direito à nomeação, tendo a administração a liberdade discricionária de decidir se o nomeia ou não.

12.3.16 Princípio da obrigatoriedade da licitação

O art. 37, inciso XXI, consagra o *princípio da obrigatoriedade da licitação* para a Administração Pública direta e indireta, condicionando a contratação

de obras, serviços, compras e alienações à realização de licitação pública, excetuados os casos especificados na legislação (casos de dispensa e inexigibilidade, previstos na lei).

A licitação é um processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público.

Destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Tem por objeto as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros.

A Lei nº 8.666/93 regulou o inciso XXI do art. 37 da CF e estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ela instituiu as modalidades de licitação (art. 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) e as hipóteses de dispensa (art. 17, I e II; e art. 24) e inexigibilidade (art. 25) da licitação, entre outras coisas. Ademais, a Lei nº 10.520/02 criou mais uma modalidade de licitação denominada pregão.

12.4 Dos Servidores Públicos

12.4.1. Agentes Públicos

Como se sabe, o Estado é uma organização dotada de atribuições, responsabilidades e de uma estrutura mínima instituída para *servir* a sociedade e o cidadão. Para desempenhar as suas funções, concretizar as suas escolhas políticas e promover o bem comum, o Estado se vale de um conjunto de pessoas físicas ou humanas, que *agem* em seu nome e por isso mesmo são denominadas de *agentes públicos*⁸⁶.

Agentes públicos, por conseguinte, constituem uma categoria genérica de pessoas físicas que, de algum modo e a qualquer título, exercem funções estatais, independentemente da natureza ou tipo de vínculo que entretem com o Estado. Assim, pouco importa se esse vínculo é permanente ou

meramente eventual, se é remunerado ou não, se é institucional ou contratual. Basta que desempenhem funções estatais, agindo em nome do Estado, para serem qualificadas como agentes públicos.

Essa noção ampla de agentes públicos compreende todos quantos exerçam funções públicas, de qualquer natureza, como os Chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com seus respectivos Vice e auxiliares diretos; os parlamentares das três esferas políticas; os magistrados em geral; os membros do Ministério Público da União e dos Estados; os titulares de cargos e ocupantes de empregos públicos da Administração direta e indireta dos três Poderes; os contratados para funções temporárias; os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos; os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos⁸⁷.

12.4.2. Espécies de Agentes Públicos

Em razão do sentido amplo da expressão, a abranger todos quantos exercem uma função pública, seja a que título for, os agentes públicos constituem o *gênero* que compreende as seguintes *espécies*, todas exercentes de funções do Estado:

1. Agentes políticos;
2. Agentes ou servidores administrativos do Estado;
3. Agentes ou particulares em colaboração com o Estado.

12.4.2.1. Agentes políticos

Os agentes políticos são todos aqueles que exercem funções políticas do Estado e titularizam cargos ou mandatos de altíssimo escalão, somente se subordinando à Constituição Federal. São os agentes que estão funcionalmente posicionados no escalão máximo da estrutura orgânica do Estado e gozam de ampla independência funcional e prerrogativas de atuação.

São agentes políticos, segundo entendimento convencional e tradicional, os membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas e os membros da carreira diplomática.

86. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 8ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

87. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 227.

A esse rol de agentes políticos, cumpre acrescentar, com o advento da EC nº 45/2004, os membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e das Defensorias Públicas Estaduais.

Com efeito, relativamente ao CNJ e ao CNMP, enquanto órgãos criados para realizarem, respectivamente, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos promotores, os seus membros-conselheiros são agentes políticos em razão das próprias funções de controle que desempenham.

Já de referência aos Defensores Públicos Estaduais, eles passaram a ostentar a condição funcional de autênticos agentes políticos tendo em vista a ampla autonomia funcional, administrativa e financeira que o novo § 2º do art. 134 assegurou diretamente às Defensorias Públicas Estaduais. Os Defensores Públicos Estaduais, por conseguinte, enquadram-se na espécie *agentes políticos*, posto que, muito mais do que investidos para o exercício de *atribuições constitucionais*, são dotados de *plena liberdade funcional* no desempenho de suas funções, com *prerrogativas próprias e legislação específica*.

12.4.2.2. Agentes ou servidores administrativos do Estado

Os agentes ou servidores administrativos do Estado são todos aqueles agentes públicos que mantêm com o Estado ou suas entidades da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência⁸⁸, para o desempenho funções puramente administrativas mediante contraprestação pecuniária. Os agentes ou servidores administrativos compreendem, por sua vez, os seguintes agentes:

1. Servidores públicos;
2. Servidores empregados (ou empregados públicos);
3. Servidores temporários, e
4. Servidores militares (ou simplesmente militares).

12.4.2.2.1. Servidores públicos

Os servidores públicos são aqueles agentes que entretêm relação de trabalho profissional e permanente com as *entidades de direito público*. Vale

88. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 230.

dizer, mantêm vínculos profissionais com a Administração Pública direta das Entidades Estatais ou as suas Autarquias e Fundações de direito público.

Conforme a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição Federal de 1988, *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*. Em face deste preceito constitucional, adotou-se para os servidores públicos o sistema do *regime jurídico único*, de modo que, independentemente de o servidor se encontrar funcionalmente vinculado à administração pública direta ou à autarquia ou à fundação pública da entidade política, o regime jurídico é o mesmo e consistirá naquele previsto em lei especial da entidade estatal respectiva. Com base nessa sistemática, a União, por meio da Lei nº 8.112/90, instituiu o regime jurídico único para os servidores de sua administração direta, suas autarquias e fundações públicas; na sequência, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios passaram igualmente a adotar, através de suas leis específicas, os regimes jurídicos para os seus servidores públicos, sendo certo que o regime jurídico escolhido, em cada esfera de governo, tinha de ser necessariamente o mesmo para os servidores públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas, sendo vedada a instituição de regimes jurídicos distintos entre eles.

Esse regime jurídico, previsto em lei especial de cada entidade política, passou a ser conhecido usualmente como *regime estatutário*, que será examinado mais adiante.

Todavia, a sistemática do regime jurídico único vigorou até o advento da EC nº 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao *caput* do art. 39, suprimindo a redação anterior que previa a obrigatoriedade do regime jurídico único⁸⁹. Em consequência, tornou possível a adoção de regimes jurídicos distintos entre os servidores públicos da mesma esfera de governo, de sorte que, a partir da EC 19/98, os servidores públicos da administração pública direta, das autarquias e das fundações de direito público podem se submeter a regimes jurídicos diferenciados, podendo existir entre eles aqueles que *titularizam cargos públicos* e se submetem ao regime estatutário (são os *estatutários*) e os que *ocupam empregos públicos* e se submetem ao regime da CLT e legislação trabalhista (são os *celetistas*).

89. Mais adiante, veremos que a redação anterior do *caput* do art. 39, que previa o regime jurídico único, foi restabelecida por decisão proferida pelo STF, em 02 de agosto de 2007, na ADI nº 2135-4, que considerou formalmente inconstitucional a alteração realizada pela EC 19/98. Mas a decisão, como será esclarecida, tem eficácia apenas ex nunc, isto é, para frente, sem retroagir, razão por que persiste o interesse na análise do tema.

Assim, em face da modificação proporcionada pela EC nº 19/98, podem conviver, no interior da mesma entidade de direito público, relativamente aos seus *servidores públicos*, dois regimes jurídicos, a saber:

a) Regime estatutário

É o regime aplicável aos servidores públicos titulares de *cargos públicos*, que mantêm com as entidades de direito público uma relação de trabalho de natureza institucional (são os *servidores públicos estatutários*). Esse regime é o estabelecido por lei especial de cada entidade estatal, que fixa as atribuições e responsabilidades, os direitos e deveres do cargo, e que fica sempre sujeito à revisão unilateral por parte do Estado, respeitados apenas os direitos adquiridos pelo servidor no que tange a alguma vantagem ou benefício já incorporado.

Nos termos da Lei Federal nº 8.112/90, que dispôs sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, é servidor público toda *pessoa legalmente investida em cargo público*. E segundo a mesma Lei, cargo público é o *conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor*.

b) Regime celetista

É o destinado aos servidores públicos que ocupam *empregos públicos*, que mantêm com as entidades de direito público uma relação de trabalho de natureza contratual e se sujeitam ao regime da CLT (são os *servidores públicos celetistas*). Cumpre esclarecer, contudo, que se a entidade estatal for a União Federal, ela poderá alterar o regime celetista atribuível ao seu servidor público, já que é a própria União que legisla sobre direito do trabalho, nos exatos termos do art. 22, I, da Constituição Federal. As demais entidades políticas (Estado, DF e Municípios), se optarem pelo regime celetista, deverão aplicar integralmente a CLT, por lhes faltar a competência legislativa de modificar a legislação trabalhista. Note-se que, em todo caso, a legislação trabalhista aplicável sofre necessariamente derrogações decorrentes das normas constitucionais, que impõem, entre outras exigências, a obrigatoriedade de concurso público para o acesso a cargos e empregos públicos e regras relativamente à vedação de acumulação remunerada de cargos e empregos, vencimentos, etc.

A Lei Federal nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2.000, instituiu o *regime de emprego público* do pessoal da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Segundo o art. 1º desta Lei, o pessoal admitido para emprego público na Administração Pública Federal direta, autárquica

e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela CLT e legislação trabalhista correlata, naquilo que ela não dispuser em contrário. Todavia, deixa claro o § 1º do art. 1º da Lei em comento que somente *leis específicas* disporão sobre a criação dos empregos públicos, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo.

No art. 3º, a citada Lei estabelece uma espécie de estabilidade, ao dispor em quais hipóteses ocorrerá a rescisão do contrato de trabalho dos servidores públicos celetistas, por *ato unilateral* da Administração Pública, que são as seguintes:

- prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);
- acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal e
- insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Todavia, cumpre esclarecer que o Tribunal Superior do Trabalho consolidou, na *Súmula nº 390*, o seu entendimento segundo o qual o servidor público celetista é beneficiado da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Vejamos o enunciado da Súmula:

"ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SBDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SBDI-2 - Inserida em 20.09.2000).

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001)."

Finalmente, a Lei 9.962/2000 veda submeter ao regime de emprego público os cargos públicos de provimento em comissão e proíbe alcançar, nas leis específicas criadoras de empregos públicos, servidores regidos pela Lei 8.112/90, às datas das respectivas publicações.

É preciso esclarecer, todavia, que não obstante sujeitos a regimes jurídicos diversos, os servidores públicos estatutários e os servidores públicos celetistas submetem-se a regras e princípios constitucionais comuns, como a obrigatoriedade de concurso público para a investidura dos respectivos cargos e empregos públicos (art. 37, II), o teto remuneratório (art. 37, XI), a proibição de acumulação remunerada (art. 37, XVI), entre outros.

12.4.2.2.1.1. O Regime Jurídico Único

Como mencionado antes, o Plenário do STF, no exame da MC requerida na ADI nº 2135/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Rel. p/ Acórdão Min. ELLEN GRACIE, Julgamento em 02/08/2007, DJ de 07/03/2008, concedeu medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc*, a nova redação dada pela EC 19/98 ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, restabelecendo, por conseguinte, a exigência do regime jurídico único para os servidores públicos da administração pública direta, das autarquias e fundações públicas, em razão de vício formal por ofensa ao art. 60, § 2º, da Carta Magna. Segundo o Supremo, a nova redação do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, dada pela EC nº 19/98, e que havia suprimido a exigência do regime jurídico único, não foi aprovada, no primeiro turno da Câmara dos Deputados, pelo quorum exigido de 3/5, incidindo, pois, em inconstitucionalidade formal.

Eis a ementa do julgado:

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Mantendo-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido".

Em razão da decisão da Corte, não podem as entidades estatais adotar regimes jurídicos distintos para os seus servidores públicos. Assim, com o restabelecimento da originária dicção normativa do caput do art. 39 da Magna Carta, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Não podem, portanto, adotar o regime de emprego público, sujeito à CLT, ao lado do regime de cargo público, submetido aos estatutos jurídicos.

O regime jurídico único, destarte, consentâneo com a Constituição, é o regime estatutário, que deve ser aplicado a todos os servidores públicos, em cada entidade estatal, no âmbito de sua competência.

12.4.2.2.2. Servidores empregados (ou empregados públicos)

Os servidores empregados ou, como são mais conhecidos, os *empregados públicos*, são todos aqueles que mantêm relação de trabalho profissional

e permanente com as *entidades de direito privado* da Administração Pública Indireta. Isto é, são os empregados das fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo poder público, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, os quais estão obrigatoriamente submetidos ao *regime celetista* ou trabalhista, que é o aplicável com as derrogações provenientes da incidência das normas constitucionais, como aquelas que exigem o concurso público para a investidura, a proibição de acumulação remunerada, entre outras. Nas entidades de direito privado da Administração Indireta há exclusivamente o regime celetista, de emprego público, não sendo possível haver nelas servidor sob o regime estatutário.

Assim, no âmbito dos empregos públicos não há, a princípio, a estabilidade, que é uma garantia própria dos servidores públicos titulares de cargos efetivos⁹⁰. Todavia, nada obstante a falta de estabilidade, adotamos a posição segundo a qual, para poder demitir o empregado público, a entidade empregadora deve instaurar procedimento administrativo para apurar a existência de falta grave, assegurando-lhe o contraditório e o direito de defesa. Assim, em que pese não existir estabilidade nos empregos públicos, o empregado público, segundo entendemos, tem necessidade de uma maior garantia, não podendo ser equiparado com o empregado privado, tendo em vista que prestou concurso público e desempenha uma função pública. Ademais, acrescente-se a exigência da motivação dos atos da Administração que condiciona a própria validade da decisão administrativa que demite o empregado público, além do princípio da indisponibilidade do interesse público que governa toda a Administração Pública.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, laborando em manifesto equívoco, editou a seguinte Orientação Jurisprudencial nº 247, ressaltando apenas a situação dos empregados públicos da ECT. *Verbis*:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.2001 (Alterada – Res. nº 143/2007 - DJ 13.11.2007)

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a

90. Nesse sentido o STF, AI 323346 AgR/CE, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 01-04-2005, p. 00021: "Empresa de economia mista: firme o entendimento do Supremo Tribunal no sentido de que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal não se aplica aos empregados de sociedade de economia mista: precedentes."

empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Nos Embargos em Recurso de Revista (ERR) nº 40324-2002-900-01-00, dos quais foi relatora a Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, o TST consagrou a Orientação Jurisprudencial acima, com a seguinte ementa de acórdão:

"EMBARGOS - ESTABILIDADE - SERVIDOR REGIDO PELA CLT APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO.

A C. SBDI-1, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 247, já pacificou o entendimento de que: "SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE". Ante o posicionamento da C. SBDI-1, que concluiu pela desnecessidade de motivação da dispensa de servidor regido pela CLT, aprovado em concurso público, por força do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição da República, categórico ao afirmar que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não há como vislumbrar ofensa ao artigo 37, "caput" e inciso II, da Constituição Federal. Incidência do Enunciado nº 333 desta Corte. Embargos não conhecidos."

O fundamento invocado pelo TST está equivocado. O fato de o § 1º do art. 173 submeter as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao mesmo regime trabalhista das empresas privadas não autoriza o desatendimento dessas entidades aos princípios constitucionais aplicáveis a toda a Administração Pública, inclusive a Indireta que aquelas entidades integram. Assim, estamos convencidos de que as chamadas empresas estatais só podem demitir os seus empregados públicos motivadamente e em razão de falta grave apurada em processo administrativo sendo assegurada a ampla defesa.

12.4.2.2.3. Servidores temporários

Em face do art. 37, inciso IX, a Constituição autoriza, *excepcionalmente*, a contratação temporária de servidores, sem concurso público, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Os servidores contratados nos termos deste inciso IX são *servidores temporários* e submetem-se a *regime jurídico especial* – mais conhecido como *regime especial de direito administrativo* – instituído por lei específica de cada entidade estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Cumprirá, assim, a cada entidade da Federação fixar, por lei própria, as regras acerca do prazo de vigência do contrato, das atividades a serem exercidas, atribuições, responsabilidade, e dos direitos e deveres dos servidores contratados, etc.

Os servidores temporários não titularizam cargos nem ocupam empregos públicos. Desempenham, apenas, *função temporária* (que é uma função autônoma, por não estar vinculada a cargo ou emprego) para o atendimento de *necessidade temporária de excepcional interesse público*. Podem existir tanto na Administração direta como na indireta dos três Poderes. Quer dizer, a contratação temporária desses servidores pode ser também utilizada pelo Legislativo, pelo Judiciário, pelos Tribunais de Contas e pelas entidades da Administração indireta para o atendimento, em tempo determinado, de necessidades temporárias de excepcional interesse público⁹¹.

No âmbito da União, foi editada a Lei Federal nº 8.745/93, alterada pela Lei Federal nº 9.849/99 e outros instrumentos legislativos posteriores, para a disciplina desses servidores temporários nos órgãos da Administração Federal direta, das autarquias e das fundações públicas.

A contratação destes servidores, que é precária e efêmera, revelando-se, em consequência, como medida excepcional, *está limitada* ao exercício de atividades temporárias e meramente eventuais, sob pena de transmudar-se a exceção, tornando-a regra. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento proferido na ADI 3068/DF, fixou, por maioria, o entendimento de que a *Constituição Federal autoriza contratações de servidores, sem concurso público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público*. Confira-se o acórdão abaixo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88. 1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. 2. A inércia da Administração Pública não pode ser punida de modo a causar dano ao interesse público, que deve prevalecer em risco a continuidade da atividade estatal. 3. Ação direta julgada improcedente." (STF, Pleno, ADI 3068/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. EROS GRAU, j. em 25.08.2004, DJ de 23.09.2005).⁹²

91. Ver Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 152.

92. Na ADI prevaleceu o voto do em. Ministro Eros Grau, que assim expôs o seu ponto de vista: "O inciso IX do art. 37 da Constituição do Brasil não separa, de um lado, atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional e, de outro lado, atividades de caráter regular

Nada obstante o entendimento do Supremo, cumpre esclarecer que a contratação, sem concurso público, de servidores temporários é exceção que não pode ser utilizada para burlar a regra do concurso público. A Administração Pública deve ser parcimoniosa e se valer da contratação temporária, sempre precária, quando houver excepcional interesse público e para atender a necessidade temporária.

Também não pode a Administração Pública, havendo aprovados em concurso público, contratar servidores temporários. Nesse caso, surge para o concursado, que aguarda vaga para ser nomeado durante o prazo de validade do concurso, o *direito subjetivo de ser nomeado*, diante da clara existência de necessidade da Administração. Nesse sentido vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, que, no RE 273.605-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 23.4.2002, e sob o argumento de ofensa ao art. 37, IV, da CF ("*durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;*"), deu provimento ao aludido recurso extraordinário para assegurar a nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o cargo de professor assistente da Universidade de São Paulo – USP. Considerou-se que, no caso concreto, ficara comprovada a necessidade da Administração no preenchimento das vagas, haja vista que a Universidade de São Paulo contratara, no prazo de validade do concurso, dois professores para exercerem o mesmo cargo, sob o regime trabalhista – sendo um deles candidato aprovado do mesmo concurso. Afastou-se, ainda, a fundamentação constante do acórdão recorrido no sentido de que seria necessária a abertura de novo concurso pela Administração para a comprovação da existência das vagas. Precedente citado: RE 192.568-PI (DJU de 13.9.96). Vide também: "O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, deve-se nomear os candidatos aprovados no certame em vigor em detrimento da renovação de contrato temporário." (AI 684.518-Agr, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-09, 2ª Turma, DJE de 29-5-09).

e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenhe atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional. Amplamente, autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público em uma e outra hipótese. Seja para o desempenho das primeiras, seja para o desempenho de atividades de caráter regular e permanente, desde que a contratação seja indispensável ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Portanto, não existe essa discriminação. A autorização, que se encontra no texto constitucional é ampla. Parece-me ser disso que se trata no caso. Pretende-se suprir temporariamente a carência de pessoal da autarquia, enquanto não é criado quadro de pessoal permanente no CADE - este a ser preenchido, necessariamente, mediante concurso público."

12.4.2.2.4. Militares

São servidores estatais sujeitos a regime jurídico especial, que deve estabelecer normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais consideradas as peculiaridades de suas atividades (CF, art. 42, § 1º e 142, § 3º, X). Incluem-se nessa espécie os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42) e os membros das Forças Armadas (CF, art. 142).

12.4.2.3. Agentes particulares em colaboração com o Estado

Essa espécie abrange todas as pessoas físicas que, sem perderem sua qualidade de particulares, exercem função pública, prestando atividade ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, ainda que às vezes eventualmente. Essa espécie de agentes públicos exerce funções estatais sob diversas formas, a saber: (a) por requisição, como os membros das mesas receptora e apuradora de votos nas eleições; os jurados no Tribunal do Júri⁹³; os recrutados para o serviço militar obrigatório etc.; (b) por delegação, quais os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos; os notários e registradores em serventias não oficiais (art. 236 da CF/88); os tradutores e intérpretes públicos; os leiloeiros; peritos, etc.⁹⁴; (c) por *sponte própria*, como os gestores de negócios públicos, que espontaneamente assumem determinada função pública, em momento de emergência, para atender a necessidades públicas urgentes, como epidemias, enchentes, etc.; (d) por contratação para fins de locação civil de serviços, como a contratação de um advogado para sustentação oral perante tribunais.

12.4.3. Direitos dos trabalhadores extensivos aos servidores públicos. O direito à livre associação sindical e o direito de greve.

A Constituição Federal, no § 3º do art. 39, determina a aplicação aos servidores públicos de alguns direitos reconhecidos aos trabalhadores da iniciativa privada.

93. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 79, denomina os mesários eleitorais e jurados do Tribunal do Júri, assim como os comissários de menores voluntários, entre outros, de Agentes Honoríficos, considerados pelo saudoso autor como os cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, honorabilidade ou conhecida capacidade profissional, porém sem qualquer vínculo com o Estado e sem remuneração.

94. Esses agentes são designados por Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 79, por Agentes Delegados.

Desse modo, são *extensivos* aos servidores públicos os seguintes direitos fundamentais sociais:

- a) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo;
- b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- c) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- e) salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- f) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- g) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- h) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- i) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- j) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- k) licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- l) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- m) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e
- n) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ademais, foi garantido ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve.

O direito à livre associação sindical está previsto no art. 37, inciso VI, da Constituição, que deve ser exercido nos moldes do art. 8º.

O direito de greve tem fundamento constitucional no art. 37, inciso VII, em conformidade com o qual será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Em razão da ressalva do dispositivo de que o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua jurisprudência no sentido de que o mencionado direito só pode ser exercitado, sob pena de ilegalidade, após a edição de lei reguladora, pois a norma do art. 37, VII, não é auto-aplicável, admitindo a Corte, inclusive, que decreto do chefe do Poder Executivo possa disciplinar as consequências administrativas da paralisação do servidor, disciplinares ou não.⁹⁵

Contudo, recentemente, o STF concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, nos quais pretendiam os impetrantes fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada⁹⁶.

95. STF, Pleno, ADI 1696/SE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 14.06.2002, p. 00126: "Greve de servidor público: não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites - e o que o STF reputa indispensável à licitude do exercício do direito (MI 20 e MI 438; ressalva do relator) - o decreto do Governador que - a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal - discipline suas consequências administrativas, disciplinares ou não (precedente: ADInMC 1306, 30.6.95)."

96. No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora 'solução constitucionalmente obrigatória'. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delimitada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que

Também recentemente, assim decidiu o STF: "A simples circunstância de o servidor público estar em estágio probatório não é justificativa para demissão com fundamento na sua participação em movimento grevista por período superior a trinta dias. A ausência de regulamentação do direito de greve não transforma os dias de paralisação em movimento grevista em faltas injustificadas." (RE 226.966, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-11-08, DJE de 21-8-09).

Entendemos que a norma do art. 37, VII, da Constituição, é de *eficácia contida* e, nos termos do § 1º do art. 5º, de *aplicabilidade imediata*, podendo o direito nela consagrado ser exercido independentemente de lei reguladora. Assim, a lei que a norma em tela faz menção só é indispensável para a fixação dos limites do exercício do direito, não para o próprio desfrute deste.

Ademais, o direito de greve, como autêntico direito de defesa, não depende de nenhuma prestação positiva do Estado. Logo, uma vez reconhecido constitucionalmente, como efetivamente foi, pode ser exercitado imediatamente, sob pena de, por absurdo, se admitir que uma lei (a que o art. 37, VII, faz referência) tenha mais força que a própria Constituição!

12.4.4. Remuneração e subsídio do servidor

Na sua versão originária, a Constituição Federal de 1988 falava ora em remuneração, ora em vencimentos, para designar a forma de contraprestação pecuniária devida ao servidor público pelo exercício do cargo, emprego ou função pública.

ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Por fim, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do writ, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do writ apenas para certificar a mora do Congresso Nacional." (MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-07, Informativo 485).

Vencimento, assim grafado no singular, corresponde à própria retribuição pecuniária básica a que tem direito o servidor pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei, sem qualquer vantagem adicional. Refere-se ao *padrão* ou à *referência* do cargo, normalmente simbolizado por letra, número ou combinação de ambos.

Vencimentos, grafado no plural, é tipo de contraprestação que tem um sentido mais amplo e compreende a retribuição pecuniária a que tem direito o servidor pelo exercício de cargo público (o *vencimento*), acrescida pelas vantagens pecuniárias fixas (adicionais e gratificações).

Remuneração, a princípio, compreenderia os vencimentos e todas as vantagens pecuniárias variáveis ou não fixas. Ou seja, "significa o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários, quer não. Assim, abrange o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade"⁹⁷. No entanto, alguns estatutos funcionais vêm equiparando o conceito de remuneração ao conceito de vencimentos, como, por exemplo, a Lei nº 8.112/90, que dispôs sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, que no art. 41 definiu a remuneração como "o *vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei*".

Com o advento da EC nº 19/98, foi introduzida, no regime de retribuição pecuniária do servidor público, e ao lado da remuneração e dos vencimentos, a figura do *subsídio*, obrigatória para determinadas categorias de agentes públicos. Com efeito, essa emenda constitucional acrescentou o § 4º ao art. 39 da Constituição Federal, segundo o qual o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais *serão remunerados exclusivamente por subsídio* fixado em *parcela única*, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Este preceito trata dos cargos ou funções que serão retribuídos *obrigatoriamente* por meio desse novel estipêndio denominado *subsídio*.

Subsídio, portanto, consiste em nova modalidade de retribuição pecuniária paga a certos agentes públicos, em *parcela única*, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Sem embargo disso, a própria Constituição Federal, em face do § 3º do art. 39, permitiu o acréscimo ao subsídio de certas gratificações e indenizações, e determinados adicionais, como a

gratificação de natal, os adicionais de férias, de serviços extraordinários, as diárias, a ajudas de custos e o salário-família.

Excluídos os agentes públicos que obrigatoriamente serão retribuídos por subsídio, a Constituição faculta o pagamento por subsídio aos demais servidores organizados em carreira. Em razão disso, o subsídio, como modalidade de contraprestação pecuniária paga em parcela única ao servidor pelo exercício do cargo ou função, pode assumir duas modalidades: a *obrigatória* e a *facultativa*.

O *subsídio obrigatório* aplica-se para os seguintes agentes públicos:

- a) Os Chefes do Executivo, os vice e seus auxiliares diretos (Ministros e Secretários);
- b) Os Parlamentares em geral;
- c) Os Magistrados em geral;
- d) Os Membros do Ministério Público;
- e) Os Membros da Advocacia Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (não os dos Municípios, pois não foram mencionados pela emenda 19/98);
- f) Os Membros da Defensoria Pública;
- g) Os Servidores policiais das polícias federal, rodoviária e ferroviária federais, polícias civis e militares, e
- h) Os Membros dos Tribunais de Contas.

O *subsídio facultativo* é aquele que pode ser aplicável aos demais servidores públicos organizados em carreira, conforme o § 8º do art. 39 da Constituição Federal.

O subsídio, em suma, é retribuição pecuniária paga em *parcela única*, que é sua característica fundamental, diferentemente da remuneração, que permite o fracionamento.

Por força do art. 37, inciso X, a remuneração e o subsídio dos agentes públicos somente poderão ser fixados ou alterados por *lei específica*, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Inicialmente, cumpre sublinhar que a fixação e a alteração da remuneração e do subsídio só podem ocorrer por meio de *lei formal* que disponha especificamente sobre isso (lei específica). Nesse sentido, e conforme recente Súmula do STF nº 679, "A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva." A lei é de iniciativa privativa: a) do Poder Executivo, relativamente aos seus servidores e dos servidores de suas

97. Diogenes Gasparini, op. cit., p. 189.

autarquias e fundações de direito público (Art. 61, § 1º, II, *a*, da CF); b) do Poder Judiciário, de referência aos seus membros e servidores (art. 96, II, *b*, da CF); c) do Poder Legislativo, quanto aos seus servidores (arts. 51, IV e 52, XIII, da CF); d) do Ministério Público, em face de seus membros e servidores (art. 127, § 2º, da CF) e e) do Tribunal de Contas, quanto aos seus membros (art. 73 c/c o art. 96, da CF).

Quanto à fixação dos subsídios dos Deputados Federais, Senadores, Presidente da República, Vice-Presidente da República e Ministros de Estado, a competência é privativa do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo (art. 49, incisos VII e VIII, da CF).

Relativamente aos Deputados Estaduais, Governadores, Vice-Governadores e Secretários Estaduais, a fixação dos subsídios depende de lei de iniciativa da Assembléia Legislativa.

O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, e, finalmente, os subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais serão fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal.

Por fim, sublinhe-se que, **segundo o § 1º do art. 39 da Constituição Federal**, a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório *observará*: (I) a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; (II) os requisitos para a investidura; e (III) as peculiaridades dos cargos.

Ainda em razão no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, ficou assegurada a *revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices*.

A Constituição assegura ao servidor a *simultaneidade*, no sentido de que o aumento/revisão da remuneração e dos subsídios deve ser *geral*, na *mesma época* e no *mesmo índice*. Contudo, a jurisprudência do STF admite a revisão especial, limitada a certas categorias de servidores, quando destinada a corrigir distorções na remuneração. Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo: "Reajustes setoriais de vencimentos de servidores públicos com a finalidade de corrigir distorções: legitimidade. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio da revisão geral inscrita no art. 37, X, da CF" (RE 307.302-ED, Rel. Min. Carlos Velloso, unânime, DJ 22.11.2002).

Ademais, em face da EC nº 19/98, restou assegurado também ao servidor a *periodicidade* no reajuste da remuneração e dos subsídios, de tal modo que passou a constituir-se como garantia do servidor a *revisão anual* de sua remuneração e subsídio, como medida necessária para lhe preservar o poder aquisitivo.

Essa garantia da revisão anual, contudo, projeta-se para o futuro, sendo devida a revisão da remuneração e do subsídio do servidor a partir do primeiro ano seguinte à data da publicação da EC nº 19, que ocorreu em junho de 1998. Assim, a partir de junho de 1999, inclusive, o servidor passou a ter direito a revisão de sua remuneração *ano a ano*.

Entendemos que o Poder Executivo não tem liberdade para fixar o índice de revisão da remuneração e do subsídio, devendo basear-se naquele que melhor reflita a inflação no período, com vistas a restabelecer o valor real da retribuição do servidor. Entretanto, não é dessa forma que vem se posicionando a jurisprudência da Suprema Corte, que se limita a reconhecer a garantia da anualidade da revisão, deixando para o Executivo e Legislativo a fixação dos índices da revisão⁹⁸. O problema é que os índices estabelecidos por esses órgãos de direção política são sempre abaixo da inflação, circunstância que praticamente esvazia o garantia em tela, que, a nosso sentir, assegura uma revisão real e não ficta.

Por outro lado, dispõe o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, na nova redação dada pela EC nº 41/2003, que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, *não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*, aplicando-se, todavia, *como limite ou subteto*, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

98. "Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não-observância do art. 37, X, da Constituição Federal. Alegada obrigação do Presidente da República de enviar projeto de lei promovendo a revisão de remuneração dos servidores federais com base em índices reais de inflação. Decisão que, ao determinar fosse dada ciência ao Presidente da República de sua mora no cumprimento do mencionado dispositivo constitucional, não impôs uma obrigação de fazer ao Chefe do Executivo federal e nem, muito menos, estabeleceu o dever de observar determinado índice inflacionário quando da remessa ao Congresso Nacional de projeto de lei versando a matéria sob enfoque." (Rcl 1.947-Agr, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 29-11-01, DJ de 1º-2-02).

Para além do teto ou limite máximo da remuneração e do subsídio dos agentes públicos, importa lembrar, outrossim, que, em face do inciso XII do art. 37 da Constituição Federal, os vencimentos dos cargos dos servidores públicos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo. Isto é, os vencimentos dos cargos

dos servidores públicos do Poder Executivo representam um *limite* para os vencimentos dos cargos dos servidores públicos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Ademais, tal como existe um limite máximo, há um limite mínimo para a remuneração e o subsídio dos agentes públicos, de modo que nenhum agente pode perceber como retribuição pecuniária valor inferior ao salário mínimo. É isso que assegura o § 3º do art. 39 da Constituição Federal, que estende a garantia do salário mínimo aos servidores públicos. Porém, importa asseverar que o limite mínimo deve ser observado para a fixação do valor do vencimento, que, como acima conceituado, é a retribuição pecuniária básica a que tem direito o servidor pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei, sem qualquer vantagem adicional. Nesse sentido, a Lei nº 8.112/90, após haver conceituado, no *caput* do art. 40, o vencimento como a *retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei*, previu expressamente, no parágrafo único do art. 40, que *nenhum servidor receberá, a título de vencimento, importância inferior ao salário mínimo*. Contudo, a Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, que restou convertida na Lei Federal nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, incidindo em manifesta inconstitucionalidade, *revogou* o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 8.112/90, e *incluiu* o § 5º ao art. 41¹⁰⁰, segundo o qual *nenhum servidor receberá remuneração inferior ao salário mínimo. O propósito indisfarçável é possibilitar a fixação do vencimento em valores inferiores ao salário mínimo, o que contraria a Constituição*.

Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, chancelando a alteração legislativa acima mencionada, editou a Súmula Vinculante nº 16, segundo a qual: "Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público". É um absurdo esse entendimento do STF, pois admite que o valor do vencimento do servidor público fique abaixo do valor do salário mínimo, em flagrante ofensa ao texto constitucional.

Assim, em consonância com o § 5º do art. 41 da Lei 8.112/90 e a Súmula Vinculante nº 16, a remuneração do servidor – que é o resultado da soma do vencimento e das vantagens – é que não pode ser inferior ao salário mínimo. O vencimento pode ser inferior, mas a remuneração não. Vide outras decisões do STF a respeito: "Servidor público: salário mínimo. É da jurisprudência do STF que a remuneração total do servidor é que não pode ser

100. Esse artigo conceitua remuneração como o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

inferior ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV). Ainda que os vencimentos sejam inferiores ao mínimo, se tal montante é acrescido de abono para atingir tal limite, não há falar em violação dos artigos 7º, IV, e 39, § 3º, da Constituição. Inviável, ademais, a pretensão de reflexos do referido abono no cálculo de vantagens, que implicaria vinculação constitucionalmente vedada (CF, art. 7º, IV, parte final)." (RE 439.360-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-8-05, 1ª Turma, DJ de 2-9-05). No mesmo sentido: RE 553.038-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-4-09, 1ª Turma, DJE de 29-5-09; AI 583.573-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-2-09, 2ª Turma, DJE de 20-3-09; RE 523.835-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-12-08, 1ª Turma, DJE de 20-2-09; RE 539.248-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 13-5-08, 1ª Turma, DJE de 15-5-09; RE 541.100-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-12-07, DJE de 1º-2-08; RE 474.197-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-9-07, DJ de 11-10-07.

Em face do art. 37, inciso XIII, a Constituição *veda a vinculação e a equiparação* de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Com isso, a Constituição proíbe qualquer reajuste automático de remuneração e subsídio.

Segundo a Súmula nº 681 do STF, "*É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária*."

O Supremo Tribunal Federal também consolidou, na Súmula Vinculante nº 04, o entendimento segundo o qual "*Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*."

Mais recentemente, o STF editou a Súmula Vinculante nº 15, com os seguintes termos: "*O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo*". Com isso, a Suprema Corte objetivou reprimir a vinculação do valor das gratificações e outras vantagens do servidor ao aumento do valor do abono utilizado para se atingir o salário mínimo, sempre que este venha a sofrer aumento.

Ocorre a vinculação, vedada pela Constituição, quando o aumento de uma remuneração fica atrelado ou dependente ao aumento de outra remuneração (ex.: o subsídio de Delegados de Polícia vinculado ao subsídio dos membros do Ministério Público, de modo que, quando o subsídio destes aumenta, o dos Delegados também) ou a arrecadação de tributos ou a índice

de correção monetária. Vide a seguinte decisão do STF: "Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos artigos 37, XIII; 96, II, b, e 167, IV, da Constituição do Brasil. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina." (RE 218.874, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 7-11-07, *DJ* de 1º-2-08).

Equiparação é o tratamento igual a situações desiguais.

Já em razão do inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores. Com isso, a Constituição veda a acumulação de acréscimos pecuniários para fins de cálculo de acréscimos ulteriores, sob o mesmo fundamento. Nesse sentido, vide os seguintes acórdãos do STF: "Servidor público federal. Gratificação bial. Impossibilidade da sua cumulação com adicional por tempo de serviço, por decorrerem de idêntico fundamento. Art. 37, XIV CF e 17 do ADCT." (RMS 23.319-AgR-ED, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 20-8-02, *DJ* de 19-12-02). **No mesmo sentido:** RE 549.344-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-09, 1ª Turma, *DJE* de 21-8-09; "Acumulação de vantagens concedidas sob o mesmo título. Vedação constitucional (CF, artigo 37, XIV). Adicional bial e quinquênios: acréscimos à remuneração que têm o tempo de serviço público como fundamento." (RMS 23.458, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 16-10-01, 2ª Turma, *DJ* de 3-5-02). **No mesmo sentido:** AI 636.563-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-09, 1ª Turma, *DJE* de 21-8-09; RE 587.123-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-09, 1ª Turma, *DJE* de 5-6-09; RE 553.852-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-2-08, 2ª Turma, *DJE* de 27-2-09.

Também prevê a Constituição, no art. 37, XV, que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV do art. 37 e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Essa irredutibilidade de subsídio e vencimentos, entretanto, não impede a supressão de parcelas remuneratórias, desde que não haja redução nominal do valor dos vencimentos. Assim vem decidindo o STF: "Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração. Precedentes." (RE

593.711-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-03-09, 2ª Turma, *DJE* de 17-04-09). Conferir também: "Servidor público estatutário – Inalterabilidade do regime jurídico – Direito adquirido – Inexistência – Remuneração – Preservação do montante global – Ausência de ofensa à irredutibilidade de vencimentos (...) Não há direito adquirido do servidor público estatutário à inalterabilidade do regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário. Precedentes." (AI 679.120-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-12-07, *DJE* de 1º-2-08). No mesmo sentido: AI 609.997-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-2-09, 2ª Turma, *DJE* de 13-3-09.

Também já decidiu o STF, com acerto, que o aumento da jornada de trabalho do servidor sem o correspondente aumento remuneratório viola o inciso XV do art. 37 da Constituição, tendo em vista que causa redução de vencimentos: "As premissas constantes do acórdão impugnado revelam que edital de concurso veiculou carga de trinta horas semanais. Mediante lei posterior teria ocorrido majoração da jornada semanal para quarenta horas sem a indispensável contraprestação. (...) Está configurada, na espécie, a violação do princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Ao aumento da carga de trabalho não se seguiu a indispensável contraprestação, alcançando o Poder Público vantagem indevida. Daí o certo da concessão da segurança para anular o decreto municipal." (RE 255.792, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-4-09, 1ª Turma, *DJE* de 26-6-09).

Por fim, a Constituição Federal *proíbe*, no art. 37, inciso XVI, a *acumulação remunerada* de cargos, empregos ou funções públicas. Contudo, excepciona a regra da inacumulabilidade ao permitir, desde que haja compatibilidade de horários, a cumulação entre dois cargos de professor; de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (como, por exemplo, de médico, enfermeiro e qualquer profissional de saúde).

Sublinhe-se que a proibição de acumular estende-se a empregos e funções públicas e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Nesse sentido, vide acórdão do STF: "Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas – anônimas ou não – sob o controle da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido 'criadas por lei'. Configura-se a má-fé

do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubs-tanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito." (RMS 24.249, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-9-04, DJ de 3-6-05).

Cumprе ressaltar, para efeito da acumulação permitida pela Constituição, que cargo *técnico* ou *científico* é aquele cujas funções exigem *conhecimentos profissionais especializados* para o seu desempenho. Assim, não se afigura como cargo técnico ou científico aquele cujas funções são de natureza simples e repetitiva. Nesse sentido: "Acumulação de emprego de atendente de telecomunicações de sociedade de economia mista, com cargo público de magistério. Quando viável, em recurso extraordinário, o reexame das atribuições daquele emprego (atividade de telefonista), correto, ainda assim, o acórdão recorrido, no sentido de se revestirem elas de 'características simples e repetitivas', de modo a afastar-se a incidência do permissivo do art. 37, XVI, b, da Constituição." (AI 192.918-AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 3-6-97, DJ de 12-9-97).

De observar-se que, mesmo sendo acumulável, a soma dos valores recebidos não pode ultrapassar o teto remuneratório.

Proíbe-se também a percepção acumulada de remuneração ou subsídio com a pensão ou proventos de aposentadoria, a não ser para os casos em que a Constituição Federal permite a acumulação na ativa¹⁰¹. Assim, forte no que dispõe o art. 37, § 10, da Constituição, é vedada a percepção simultânea de *proventos* de aposentadoria decorrentes do regime próprio de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo com a *remuneração* de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição (CF, art. 37, XVI), os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Essa vedação, entretanto, em face do art. 11 da EC nº 20/98, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação da referida emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal¹⁰².

101. "O dispositivo impugnado, ao estabelecer indistintamente que os proventos da inatividade não serão considerados para efeito de acumulação de cargos, afronta o art. 37, XVI, da CF, na medida em que amplia o rol das exceções à regra da não cumulatividade de proventos e vencimentos, já expressamente previstas no texto constitucional. Impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos quando envolvidos cargos inacumuláveis na atividade." (ADI 1.328, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-5-04, DJ de 18-6-04).

102. "Os dispositivos impugnados, pelo simples fato de possibilitarem ao policial militar - agente público - o acúmulo remunerado deste cargo (ainda que transferido para a reserva) com outro que não seja

Relativamente à possibilidade ou não de o servidor público acumular cargo, emprego ou função pública com o mandato eletivo, a Constituição Federal, no art. 38, dispõe que: (I) tratando-se de mandato eletivo federal (Presidente e Vice-Presidente da República, Deputado Federal ou Senador), estadual ou distrital (Governador e Vice-Governador do Estado ou do Distrito Federal ou Deputado Estadual ou Distrital), ficará o servidor afastado de seu cargo, emprego ou função; (II) investido no mandato de Prefeito e Vice-Prefeito¹⁰³, será ele afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado, porém, optar pela sua remuneração; e, finalmente, (III) investido no mandato de Vereador, e havendo compatibilidade de horários, ele perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do mandato eletivo, e, não havendo compatibilidade, será ele afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado, contudo, optar pela sua remuneração. Em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, *exceto para promoção por merecimento*. Para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

Esclareça-se que o servidor público que acumule, ilegalmente, cargos, empregos ou funções públicas na Administração Pública poderá optar por um dos cargos, *se estiver de boa-fé*. Todavia, notificado para proceder à opção e permanecendo assim mesmo nos cargos, será considerado de má-fé,

o de professor, afrontam visivelmente o art. 37, XVI, da Constituição. Impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos quando envolvidos cargos inacumuláveis na atividade. Precedentes: RE 163.204, Rel. Min. Carlos Velloso, RE 197.699, Rel. Min. Marco Aurélio e AGRRE n. 245.200, Rel. Min. Maurício Corrêa. Este entendimento foi revigorado com a inserção do parágrafo 10 no art. 37 pela EC n. 20/98, que trouxe para o texto constitucional a vedação à acumulação retro mencionada. Vale destacar que esta mesma Emenda, em seu art. 11, excetuou da referida proibição os membros de poder e os inativos, servidores e militares, que, até a publicação da Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, ou pelas demais formas previstas pela Constituição Federal." (ADI 1.541, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 5-9-02, DJ de 4-10-02). No mesmo sentido: RE 382.389, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-2-06, DJ de 17-3-06.

103. "Recurso extraordinário. 2. Vice-Prefeito, que é titular de emprego remunerado em empresa pública. 3. Não pode o Vice-Prefeito acumular a remuneração decorrente de emprego em empresa pública estadual com a representação estabelecida para o exercício do mandato eletivo (Constituição Federal art. 29, V). 4. Constituição, art. 38, II. 5. O que a Constituição excepcionou, no art. 38, III, no âmbito municipal, foi apenas a situação do Vereador, ao possibilitar-lhe, se servidor público, no exercício do mandato, perceber as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, quando houver compatibilidade de horários; se não se comprovar a compatibilidade de horários, será aplicada a norma relativa ao Prefeito (CF, art. 38, II). 6. Hipótese em que o acórdão não reconheceu ao Vice-Prefeito, que exercia emprego em empresa pública, o direito a perceber, cumulativamente, a retribuição estabelecida pela Câmara Municipal. 7. Recurso extraordinário não conhecido" (STF, 2ª Turma, RE 140.269/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 09.05.1997, p. 18139).

devendo ser demitido do cargo. Vide o seguinte acórdão do STF: "Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito." (RMS 24.249, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-9-04, DJ de 3-6-05).

Vide também: "Acórdão proferido pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, que denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Demissão do cargo de médico do quadro de pessoal do INSS. Acumulação ilegal de emprego público em três cargos. Presunção de má-fé, após regular notificação. O acórdão recorrido entendeu que o servidor público que exerce três cargos ou empregos públicos de médico – um no INSS, outro na Secretaria Estadual de Saúde e Meio Ambiente e outro junto a hospital controlado pela União, incorre em acumulação ilegal de cargos. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a presunção de má-fé do servidor que, embora notificado, não faz a opção que lhe compete. Demissão do recorrente que se assentou em processo administrativo regular, verificada a ocorrência dos requisitos do art. 133, § 6º, da Lei 8.112/90." (RMS 23.917, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-9-08, DJE de 19-9-08).

12.4.5. Estabilidade do servidor

Uma das maiores garantias do servidor público titular de cargo efetivo é a estabilidade. A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público, assegurada ao servidor público nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, que tenha cumprido um *período de prova*, após o *transcurso de determinado prazo e depois de ser submetido à avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade*. A estabilidade não gera direito adquirido ao cargo, mas sim a permanência do servidor nos quadros da Administração Pública. Para adquirir a estabilidade, é necessário o transcurso do período temporal de 03 anos de efetivo exercício, segundo o art. 41, *caput*, da Constituição Federal, na novel redação dada pela EC nº 19/98.

Cumpra não confundir a estabilidade com a efetividade. A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento¹⁰⁴. Efetivo, portanto, é o cargo e não o servidor que o titulariza. O servidor que titulariza um cargo efetivo pode ser, isto sim,

estável. Para ser efetivo o cargo, é necessário, como condição de acesso, o concurso público de provas ou de provas e títulos. Distingue-se, pois, do cargo em comissão, que é de livre nomeação, independendo de concurso público. Fala-se, usualmente, que com a estabilidade o servidor é *efetivado*. Essa expressão "efetivado" ou "efetivação" é empregada no sentido vulgar, para indicar a fixação ou estabilização do servidor nos quadros da Administração Pública. Não obstante efetivo, o cargo público pode ser extinto, sem possibilidade de o servidor invocar direito adquirido.

O servidor estável só perderá o cargo em face de determinadas e taxativas situações previstas constitucionalmente. A EC nº 19/98 deu nova redação ao § 1º do art. 41 para ampliar as hipóteses de perda do cargo do servidor público estável, enfraquecendo significativamente, ao nosso ver, essa garantia constitucional. Assim, além das duas hipóteses já conhecidas antes da EC 19/98 de perda do cargo do servidor estável (quais sejam: 1 - *Por sentença judicial transitada em julgado* e 2 - *Através de processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório*), aquela emenda constitucional nº 19 acrescentou mais duas: (3 - *Por avaliação periódica de desempenho* e 4 - *Para ajustar a folha de pagamento com pessoal aos limites fixados em lei complementar*).

Vejamos as quatro hipóteses de perda do cargo do servidor estável:

a) Perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado

Por esta hipótese, o servidor público estável pode perder o cargo em razão de sentença judicial de natureza civil (por exemplo, sentença civil que reconhece a prática de ato de improbidade) ou de natureza penal, como efeito da condenação (art. 92 CP).

b) Perda do cargo em virtude de demissão aplicada em processo administrativo disciplinar em que sejam asseguradas ao servidor as garantias da ampla defesa e do contraditório

Cuida-se de demissão do servidor estável aplicada em processo administrativo disciplinar, em que sejam asseguradas as garantias da ampla defesa e do contraditório, em razão da prática de infração disciplinar. Na verdade, é necessário o devido processo administrativo, em que se garantam o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis, conforme súmula 21 do STF: "*Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade*".

Ademais, é relevante esclarecer que as instâncias cíveis, administrativas e criminais são independentes na apuração dos fatos atribuídos aos

104. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, p. 418.

servidores públicos. Isso significa que, pelo mesmo fato, o servidor pode ser demitido na instância administrativa e absolvido na instância criminal. Entretanto, a instância penal prevalecerá sobre as demais quando nela se comprova categoricamente que *o fato não existiu* ou que *o réu não foi o seu autor*. Isso porque vigora no processo penal o princípio da verdade real. Ou seja, se no processo administrativo o servidor é demitido e no processo penal chega-se à conclusão de que não houve, em relação ao mesmo fato, o próprio fato ou de que o réu não foi o seu autor, o servidor demitido terá direito à reintegração (se ainda há o cargo de origem) ou ao aproveitamento ou disponibilidade (se não há mais o cargo de origem). Todavia, se absolvido por falta de provas, não haverá essa prevalência. Cumpre esclarecer, ademais, que as excludentes de ilicitude não afastam, por si só, a responsabilidade civil ou administrativa. O que ocorre é que não se pode mais questionar nas outras instâncias se houve ou não a excludente, quando na instância penal a mesma já está provada; mas isto não exime a responsabilidade civil ou administrativa.

Eis algumas súmulas do STF sobre a perda do cargo do servidor:

"Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade." (Súmula 21)

"É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso." (Súmula 20)

"É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira." (Súmula 19)

"Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público." (Súmula 18)

c) Perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho.

Esta modalidade de perda do cargo do servidor estável surgiu inspirada no princípio da eficiência. O servidor está sujeito a ser demitido por ineficiência, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (CF/88, art. 41, § 1º, III).

d) Perda do cargo em virtude de excesso de despesa.

Esta nova modalidade está prevista no art. 169 da CF. Ocorre por necessidade de os entes estatais se adequarem aos limites fixados em lei complementar para pagamento com pessoal. Segundo esse preceptivo constitucional, a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Atualmente, vigora a Lei complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixou os limites em 50% para a União e 60% para Estados, Distrito Federal e Municípios. Para tanto, a Administração Pública deverá tomar as seguintes providências:

- I. Redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- II. Exoneração dos servidores não estáveis e estáveis sem concurso público (art. 33 da EC nº 19/98);
- III. Exoneração dos servidores estáveis.

De observar-se que a perda do cargo do servidor estável em virtude de excesso de despesa somente ocorrerá se as duas primeiras medidas não forem suficientes para resolver o problema financeiro. A perda do cargo, porém, fica dependendo de ato normativo motivado de cada um dos Poderes, a fim de que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Nessa hipótese, demitido o servidor estável, haverá duas garantias: a) O servidor demitido receberá, a título de indenização, o valor de 01 (uma) remuneração para cada ano de serviço, e b) O cargo será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

Porém, prevê o § 2º do art. 41 da Constituição a reintegração, com direito a indenização, do servidor estável, quando invalidada a sua demissão. Assim, nos termos daquele parágrafo, invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

12.4.6. Previdência do servidor

A previdência social é conquista consagrada com o advento das Constituições Sociais e consolidada a partir da implantação do Estado Social. Manifesta-se como um direito fundamental social que assegura aos seus beneficiários, mediante pagamento de determinada contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, através de certos benefícios como, por exemplo, as *aposentadorias*, os *auxílios* doença ou acidente ou reclusão, os *salários* maternidade ou família e a *pensão por morte*.

Esses benefícios previdenciários, contudo, podem se submeter a regimes jurídico-previdenciários diversos. A aplicação de um ou outro regime de previdência dependerá da categoria ou do enquadramento profissional do trabalhador, conforme será explicado logo a seguir. À luz da Constituição destacam-se dois benefícios previdenciários: a *aposentadoria* e a *pensão por morte*.

A aposentadoria é um direito fundamental, de natureza social, à inatividade remunerada, assegurado ao servidor em caso de invalidez, idade ou a pedido, se satisfeitas, neste último caso, certas condições. Nestes termos, atendidos certos requisitos, o servidor tem o direito de se aposentar por *invalidez, compulsoriamente ou voluntariamente*.

A pensão é um benefício devido, em caso de morte do servidor, aos seus dependentes.

Esses benefícios podem submeter-se a regimes previdenciários distintos. À vista da Constituição Federal, há, fundamentalmente, dois regimes previdenciários:

- Regime Geral de Previdência Social (RGPS), aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada (CF, art. 201);
- Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), aplicável aos servidores públicos titulares de cargo efetivo (CF, art. 40).

Ainda há o chamado Regime de Previdência Complementar (RPC), que, nos termos do § 15 do art. 40 da Constituição, será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. Neste caso, em face do § 14 do mesmo art. 40, e desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata o art. 40, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS) de que cuida o art. 201.

Ao servidor público titular de cargo efetivo é assegurado um regime próprio de previdência social (RPPS), de caráter contributivo, previsto no art. 40 da Constituição Federal. Esse regime previdenciário também se aplica aos titulares de cargos vitalícios: aos magistrados, em face do art. 93, VI; aos membros do Ministério Público, por força do art. 129, § 4º e, finalmente, aos membros dos Tribunais de Contas, em consequência do art. 73, § 3º.

Aos demais servidores estatais, inclusive os ocupantes, *exclusivamente*, de cargo em comissão (aqueles que não integram o quadro funcional efetivo da Administração Pública), cargo temporário (são os servidores temporários contratados por tempo determinado para atenderem necessidades temporárias de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal) ou emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social previsto no art. 201.

O regime próprio de previdência do servidor público titular de cargo efetivo, sob a égide da atual Constituição Federal, já foi alterado três vezes. Uma primeira vez, por meio da EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Na segunda, através da EC nº 41, de 19 de dezembro de 2003. E mais recentemente, pela EC nº 47, de 05 de julho de 2005.

Antes da primeira reforma da previdência social, implementada pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo se dava por tempo de serviço e não havia, relativamente à aposentadoria voluntária ou a pedido, qualquer requisito que se relacionasse à idade ou tempo de contribuição.

Todavia, por força da EC nº 20/98, a aposentadoria por invalidez e por idade passou a exigir *tempo de contribuição* do servidor para a previdência; e a aposentadoria voluntária a reclamar cumulativamente os requisitos *tempo mínimo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição*. O regime previdenciário, portanto, com o advento da EC nº 20/98, passou a ter caráter contributivo. Foi mantida, entretanto, a paridade integral entre os proventos de aposentadoria e a remuneração, tanto no que tange à *concessão* quanto no que se refere à *revisão*. Com efeito, preservou a aludida emenda a regra segundo a qual os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração. Ademais, os proventos de aposentadoria e as pensões *serão revistos na mesma proporção e na mesma data*, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Em seu texto original, a Constituição não previu nenhum teto para os benefícios previdenciários, sejam os submetidos ao regime geral, sejam os sujeitos ao regime próprio de previdência do servidor público titular de cargo efetivo. Com a EC nº 20/98, contudo, foi criado o teto exclusivamente

para os benefícios do regime geral de previdência social. De fato, o art. 14 do texto da EC nº 20 fixou o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), valor este que passou a ser reajustado, a partir da data da publicação da Emenda, de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. Entretanto, a Emenda 20/98 acrescentou o § 14 ao art. 40 da Constituição, com o qual autorizou a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo*, a fixarem, para o valor das aposentadorias e pensões, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. Todavia, à vista do que dispõe o § 16 do art. 40, somente mediante sua prévia e expressa opção, esse regime de previdência complementar poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime complementar.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, houve substancial alteração no regime próprio de previdência social do servidor público titular de cargo efetivo, destacando-se a que extinguiu, para os futuros servidores, a paridade integral entre os proventos de aposentadoria e a remuneração do servidor, tanto no que concerne à *concessão* quanto no que se refere à *revisão*. Ademais, prevê a Emenda a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, impondo a obrigatoriedade de seu pagamento, inclusive, para aqueles que já gozavam destes benefícios ou que tinham o direito adquirido a deles usufruir quando da publicação da EC 41/2003. Mas a Emenda teve o cuidado de resguardar situações anteriores e chegou a assegurar algumas opções de regime de aposentadoria.

12.5 Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

No art. 42, a Constituição Federal dispõe sobre os militares dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, considerando como tais os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, submetidos a *regime especial* definido por *lei estadual específica* que prescreverá normas sobre o ingresso na corporação, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade (reserva e reforma), os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

Em face do que dispõe o § 1º do art. 42, aplicam-se aos militares dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, além do que vier a ser estabelecido em lei, as seguintes disposições:

- 1) "O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade" (art. 14, § 8º);
- 2) "O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade" (art. 40, § 9º);
- 3) "Não caberá 'habeas-corpus' em relação a punições disciplinares militares" (art. 142, § 2º);
- 4) "as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas" (art. 142, § 3º, I), *sendo que as patentes dos oficiais militares dos Estados e do Distrito Federal e Territórios serão conferidas pelos respectivos governadores*;
- 5) "o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei" (art. 142, § 3º, II);
- 6) "O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei" (art. 142, § 3º, III);
- 7) "ao militar são proibidas a sindicalização e a greve" (art. 142, § 3º, IV);
- 8) "o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos" (art. 142, § 3º, V);
- 9) "o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de

caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra" (art. 142, § 3º, VI);

- 10) "o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior" (art. 142, § 3º, VII);
- 11) "aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV" (art. 142, § 3º, VIII);
- 12) "lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra" (art. 142, § 3º, X).

Ainda com fundamento no § 1º do art. 42, combinado com o inciso VIII do § 3º do art. 142, aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, relativamente aos seguintes direitos dos trabalhadores:

- 1) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- 2) salário-família;
- 3) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- 4) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- 5) licença-paternidade; e
- 6) assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas.

Também aos militares se aplica o disposto no art. 37, incisos XI (*limite máximo de remuneração e subsídio*), XIII (*vedação de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público*), XIV (*vedação de computar e acumular acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos ulteriores*) e XV (*irredutibilidade de subsídios e vencimentos*).

Por fim, e em razão do § 2º do art. 42, com redação determinada pela EC 41/03, cumpre anotar que aos pensionistas dos militares dos Estados e do

Distrito Federal e Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal, não se lhes aplicando as disposições constitucionais para os pensionistas dos servidores civis.

12.6 Das Regiões

Trata a Constituição Federal, no art. 43, das chamadas *regiões de desenvolvimento, que compreendem determinadas áreas geográficas, pertencentes a diferentes Estados e Municípios da Federação, de menor desenvolvimento sócio-econômico. Assim, visando beneficiar estas regiões ou áreas menos favorecidas e estimular o seu desenvolvimento, com a redução das desigualdades regionais, a Constituição autoriza a União articular, planejar e executar administrativamente ações em um mesmo complexo geoeconômico e social.*

É necessário, contudo, que lei complementar estabeleça as condições necessárias para integrar as regiões em desenvolvimento e a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

Para viabilizar o propósito voltado ao desenvolvimento regional e a redução das desigualdades regionais, permite a Constituição a adoção de políticas afirmativas consistentes em incentivos destinados às regiões em desenvolvimento, que compreenderão, entre outros, na forma da lei, os seguintes: I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; IV – prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

Ademais, nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

Sumário • 1. As funções do estado e a separação de poderes – 2. Do poder legislativo: 2.1. Órgãos do Poder Legislativo: 2.1.1. Órgãos do Poder Legislativo da União: O Congresso Nacional. O Bicameralismo. As Casas Legislativas e a composição do C.N.; 2.1.2. Órgãos do Poder Legislativo dos Estados: As Assembleias Legislativas dos Estados e a Câmara Legislativa do DF. Composição; 2.1.3. Órgãos do Poder Legislativo dos Municípios: As Câmaras de Vereadores dos Municípios. Composição; 2.2. Organização interna do Poder Legislativo: 2.2.1. A Mesa Diretora; 2.2.2. As Comissões Parlamentares: 2.2.2.1. Comissões Permanentes; 2.2.2.2. Comissões Temporárias; 2.2.2.3. Comissões Mistas; 2.2.2.4. Comissões de Inquérito: 2.2.2.4.1. As Comissões Parlamentares de Inquérito nas Constituições brasileiras; 2.2.2.4.2. As Comissões Parlamentares de Inquérito na Constituição Federal de 1988; 2.2.2.4.3. Conceito, finalidade e natureza; 2.2.2.4.4. Requisitos para a criação; 2.2.2.4.5. Os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito; 2.2.2.4.6. A Federação e as Comissões Parlamentares de Inquérito; 2.2.2.5. Representativa; 2.2.3 A Polícia Legislativa e Órgãos Administrativos: 2.3. O funcionamento dos Órgãos do Poder Legislativo: 2.3.1. A Legislatura; 2.3.2. As Sessões legislativas: 2.3.2.1. Ordinária; 2.3.2.2. Extraordinária; 2.3.3. As Sessões: 2.3.3.1. Ordinárias; 2.3.3.2. Extraordinárias; 2.3.4. As Sessões preparatórias; 2.4. As atribuições do Congresso Nacional; 2.5. As atribuições da Câmara dos Deputados (art. 51); 2.6. As atribuições do Senado Federal (art. 52); 2.7. *Quórum* para deliberações (art. 47); 2.8. O Processo Legislativo: 2.8.1. Conceito e objeto. As espécies de atos legislativos; 2.8.2. Atos do processo legislativo: 2.8.2.1. Iniciativa legislativa; 2.8.2.2. Emendas parlamentares; 2.8.2.3. Votação; 2.8.2.4. Sanção e veto; 2.8.2.5. Promulgação e publicação; 2.9. Procedimentos legislativos: 2.9.1. Procedimento legislativo ordinário; 2.9.2. Procedimento legislativo sumário; 2.9.3. Procedimentos legislativos especiais; 2.10. Dos Deputados e dos Senadores: 2.10.1. Prerrogativas: 2.10.1.1. As imunidades: 2.10.1.1.1. Material (inviolabilidade); 2.10.1.1.2. Formal (quanto à prisão e ao processo penal); 2.10.1.2. O privilégio de foro por prerrogativa da função; 2.10.1.3. Isenção do serviço militar; 2.10.1.4. Manutenção das prerrogativas durante os Estados de Exceção; 2.10.2. Incompatibilidades; 2.10.3. Perda do mandato: 2.10.3.1. Cassação; 2.10.3.2. Extinção; 2.11. Da Fiscalização contábil, financeira e orçamentária e dos Tribunais de Contas: 2.11.1. Dos Tribunais de Contas: 2.11.1.1. Do Tribunal de Conta da União; 2.11.1.2. Do Tribunal de Conta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios– 3. Do Poder Executivo: 3.1. Sistemas de governo: 3.1.1. Parlamentarismo; 3.1.2. Presidencialismo; 3.2. O Poder Executivo no Brasil e o Presidente da República; 3.3. Eleição do Presidente da República; 3.4. Substituição e sucessão do Presidente da República; 3.5. Atribuições do Presidente da República; 3.6. Responsabilidade do Presidente da República; 3.7. Prerrogativas do Presidente da República; 3.8. Auxiliares do Presidente da República; 3.9. Órgãos de Consulta do Presidente da República: 3.9.1. Conselho da República; 3.9.2. Conselho de Defesa Nacional – 4. Do Poder Judiciário: 4.1. A função jurisdicional do Estado; 4.2. Órgãos do Poder Judiciário; 4.3. O Estatuto da Magistratura; 4.4. As Garantias do Poder Judiciário; 4.5. Quinto Constitucional; 4.6. Regime Constitucional dos Precatórios; 4.7. Do Supremo Tribunal Federal; 4.8. Do Conselho Nacional de Justiça; 4.9. Do Superior Tribunal de Justiça; 4.10. Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais; 4.11. Dos Tribunais e Juízes do Trabalho; 4.12. Dos Tribunais e Juízes Eleitorais; 4.13. Dos Tribunais e Juízes Militares; 4.14. Dos Tribunais e Juízes dos Estados – 5. Das funções essenciais à Justiça: 5.1. Do Ministério Público; 5.1.1. Histórico; 5.1.2. O Ministério Público no Brasil pré-Constituição de 1988; 5.1.3. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988; 5.1.4. Princípios institucionais: 5.1.4.1. Unidade; 5.1.4.2. Indivisibilidade; 5.1.4.3. Independência funcional; 5.1.5. Garantias e impedimentos dos membros do Ministério Público; 5.1.6. Funções institucionais; 5.1.7. Conselho Nacional do Ministério Público; 5.1.8. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas; 5.2. Da Advocacia Pública; 5.3. Da Advocacia; 5.4. Da Defensoria Pública.

1. AS FUNÇÕES DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Federal de 1988, seguindo a diretriz política das Constituições que lhe precederam, consagrou a *separação dos Poderes* como um *Princípio Fundamental* do Estado brasileiro, considerado de elevada importância para a democracia constitucional e para o regime de liberdades públicas. Por essa razão, a Constituição de 1988 lhe destinou *proteção especial* em face mesmo do Poder Constituinte Reformador, a ponto de torná-lo *insuscetível de supressão* diante da competência constitucional reformadora do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º, inciso III¹). O princípio da separação dos Poderes traduz-se, conforme dicção do art. 2º da Carta Magna, na *independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*.

Devido a sua notável importância para a liberdade individual, desde a antiguidade, com Aristóteles, já se defendia a separação dos Poderes como condição de existência de um governo misto, com poderes limitados. A idéia fundamental da doutrina da separação dos Poderes é a contenção do poder. Daí, fácil perceber-se que o princípio da separação dos Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o exercício ilimitado do poder desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco as liberdades. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida.

Em tempos mais recentes, deve-se a John Locke a teoria original da separação dos Poderes do Estado, quando aquele filósofo inglês, na célebre obra *Two treatises of government*, surgida em 1690, sustentou os princípios de liberdade política da gloriosa revolução inglesa de 1688 e impugnou o absolutismo real.

Inspirado em Locke, Montesquieu defendeu a idéia de poder limitado. Em sua também célebre obra *De l'esprit des lois*, o escritor francês admitiu que o homem investido no poder tende naturalmente a dele abusar até que encontre limites. E afirmou que o poder *só pode* ser limitado pelo próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Assim, sustentou a necessidade de um outro poder capaz de limitar o próprio poder. Disse que no Estado existem *três poderes*, a saber, o *poder legislativo*, o *poder executivo* e o *poder judicial*, incumbidos do desempenho de funções distintas: respectivamente, a função de *legislar*, a função de *administrar* e a função de *julgar*. E atentou para o fato de que, num Estado, para que exista liberdade política, é imperioso que estes três poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão.

1. "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...). § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...). III – a separação dos Poderes".

É necessário, pois, que eles se repartam por entre órgãos distintos, de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Montesquieu, portanto, preconizou fundamentalmente, para além de uma divisão de funções, a idéia de uma recíproca limitação dos poderes, e isso só era possível num ambiente em que os *poderes distintos fossem exercidos por órgãos também distintos*. Seu pensamento muito influenciou na elaboração da Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787.

Foi, contudo, na Revolução francesa que a doutrina da separação tornou-se, definitivamente, dogma universal. Com efeito, no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se afirmou que *"Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição"*.

É preciso, entretanto, enfatizar que não basta a divisão de funções do Poder, pois essas diferentes funções podem ser exercidas, de forma concentrada, por um único órgão. É necessário algo mais: que essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos. Ou seja, que os Poderes legislativo, executivo e judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, "de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação"². Só assim é possível o controle do poder pelo poder; só assim é possível a plena realização da separação dos poderes. É essa a essência da doutrina da separação dos poderes.

Todas as Constituições brasileiras consagraram o princípio da separação dos poderes como um dogma fundamental, essencial à existência e sobrevivência de um Estado preocupado com os direitos fundamentais.

Atualmente, entre nós, a separação dos poderes se assenta na *independência e na harmonia* entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver entre eles qualquer subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há "interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados"³.

2. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6ª Ed., Coimbra: Almedina, Tomo I, p. 193.

3. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 114.

Esse sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por Montesquieu, como acima sublinhado, como uma providência necessária para que um poder pudesse limitar o outro poder.

No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado, exemplificativamente, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, quando estes e aquelas ofenderem o texto magno; o poder que têm as chefias do Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participarem do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa que têm, seja pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de suas iniciativas; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem esse Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo e de rejeitar os vetos apresentados por este; o poder que têm o Executivo e Legislativo de atuarem na composição dos órgãos superiores do Judiciário, etc.

Outrossim, impõe-se enfatizar que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são cometidas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na *tríplice divisão funcional*, as *funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente*. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções "típicas", há outras, chamadas de funções "atípicas", que são realizadas, não prioritariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. Ora, não seria admissível, por exemplo, que os Poderes Legislativo e Judiciário, para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços, dependessem do Executivo. Por isso que, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, pode o Executivo realizar as funções atípicas de legislar (ex.: editar atos normativos, como decretos regulamentares, medidas provisórias e leis delegadas) e julgar (ex.: rever seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os; decidir processos administrativos fiscais e disciplinares); assim como pode o Legislativo, além de desempenhar a sua função típica de legislar, exercer as funções atípicas de julgar (ex.: o Presidente da República por crime de responsabilidade) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores); e, finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex.:

elaborar o seu regimento interno; apresentar projetos de leis) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Demais disso, é imperioso atentar-se para a escorreita advertência feita por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em nota de rodapé de seu belo trabalho: "Não se afigura mais possível falar em 'tripartição de funções'. Esta quantificação se justifica apenas diante da separação orgânica das funções judiciárias, legislativas e administrativas, titularizadas por três 'poderes'. Entretanto, a partir da possibilidade de que cada qual destes poderes exerça mais do que uma única função, não há razão para dizer que elas se resumem a três. Tome-se, por exemplo, o Poder Legislativo, que tem por funções típicas a legislação e a fiscalização. Só a partir deste exemplo já seria possível dizer que há quatro funções essenciais num Estado Democrático de Direito: a legislativa, a fiscalizatória, a judiciária e a executiva"⁴.

2. DO PODER LEGISLATIVO

2.1. Órgãos do Poder Legislativo

A Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Legislativo, como funções típicas ou predominantes, a *legislação* e a *fiscalização e controle*. De fato, não só compete ao Poder Legislativo a função de legislar, editando as normas gerais e abstratas; cumpre-lhe, também, a função de fiscalizar e controlar as atividades dos outros Poderes.

O Poder legislativo no Brasil é exercido por órgãos próprios e independentes aos quais se atribuiu a competência legislativa das entidades federadas. Em razão da forma federal de Estado e de sua estrutura tríplice, a Constituição brasileira proveu a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de competência legislativa que a exercem por meio de seus órgãos legislativos próprios. Por isso, há entre nós órgãos legislativos da União (*Congresso Nacional*), dos Estados (*Assembleias Legislativas*), do Distrito Federal (*Câmara Legislativa*) e dos Municípios (*Câmaras de Vereadores*).

2.1.1. Órgãos do Poder Legislativo da União: O Congresso Nacional. O Bica-meralismo. As Casas Legislativas e a composição do C.N.

O órgão do Poder legislativo da União é o *Congresso Nacional*, que se compõe da *Câmara dos Deputados* e do *Senado Federal*. É característica das Federações o *sistema bicameral*, ou de duas casas, diante da necessidade

4. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investiga-ção*, p. 08/09.

de uma delas representar a vontade dos Estados federados na formação da vontade nacional. E ao Senado foi atribuída a missão de representar a vontade dos Estados federados, razão por que a distribuição de Senadores por Estados é absolutamente a mesma. O sistema bicameral, que se adota apenas no âmbito do órgão legislador da União, é decorrência, portanto, da forma federativa de Estado⁵.

Mas é importante frisar que o Congresso Nacional tem existência própria, distinta das casas que o compõem. Isso porque a Constituição a ele atribuiu importantes competências políticas, que se encontram concentradas no art. 49 do texto fundamental. Não obstante, é forçoso reconhecer que a atividade legislativa da União é esmagadoramente exercida pelas casas que integram o Congresso Nacional e não por ele propriamente, tendo em vista o modelo de processo legislativo que a Constituição adotou, que envolve, basicamente, a atuação separada e sucessiva, porém conciliada, da Câmara e do Senado, só intervindo o Congresso, em sessão conjunta da Câmara e do Senado, na eventual hipótese de veto presidencial, a fim de sobre ele deliberar.

A Câmara dos Deputados, também conhecida no sistema parlamentarista de governo como Câmara baixa, é a casa legislativa do Congresso Nacional que representa o povo. Diante de sua importância para o Estado Democrático de Direito, é a casa legislativa que ostenta maior envergadura política no Poder Legislativo da União, na medida em que é nela, em regra, onde o Processo Legislativo tem início.

De acordo com a Constituição, a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, que são eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. De observar-se que a eleição dos deputados não segue o sistema do mais votado (sistema majoritário), submetendo-se a um sistema de representação proporcional a partir da definição do *quociente partidário* para cada Partido ou coligação, que resulta da divisão do número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas (desprezada a fração) pelo quociente eleitoral. E *quociente eleitoral* é determinado dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral (desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior).

5. Existe também um sistema bicameral nas monarquias. Esse bicameralismo, entretanto, não é do tipo federativo, mas sim *aristocrático*, motivado pela necessidade de, nas monarquias, ao lado de uma casa que represente os *comuns* (a Câmara Baixa), exista outra que represente os *nobres* (a Câmara Alta). É o que existe, por exemplo, na Inglaterra, com a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes.

O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

A lei complementar nº 78/93, que disciplina a fixação do número de deputados, estabeleceu que o *número de deputados federais não ultrapassará 513 (quinhentos e treze) representantes*. Esse número deve ser distribuído por Estado e pelo Distrito Federal, proporcional à sua população, cujos dados devem ser fornecidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, para a atualização estatística demográfica das unidades da Federação. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas⁶.

Segundo a Constituição, cada Território Federal, na hipótese de vir a ser criado, elegerá quatro Deputados.

O Senado Federal, também conhecido no sistema parlamentarista de governo como Câmara alta, é a casa legislativa do Congresso Nacional que representa os Estados e o Distrito Federal. A sua existência se deve à forma federativa de Estado, em face da necessidade de, nos Estados Federais, as ordens políticas regionais (os Estados-membros e o Distrito Federal) serem representadas no órgão legislativo do governo central (União). Por meio do Senado, portanto, os Estados-membros e o Distrito Federal participam da formação da vontade nacional.

O Senado Federal é composto de Senadores eleitos segundo o princípio majoritário. Ou seja, é eleito Senador aquele que lograr maior votação nas urnas em seu Estado.

A representação do Estado e do Distrito Federal no Senado é absolutamente igual, distinguindo-se da Câmara dos Deputados, onde a representação é proporcional à população. Cada Estado e o Distrito Federal, independente de sua população, elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

6. Atualmente, as vagas estão assim distribuídas, em ordem crescente: Acre (8); Amazonas (8); Amapá (8); Distrito Federal (8); Mato Grosso do Sul (8); Mato Grosso (8); Rio Grande do Norte (8); Rondônia (8); Roraima (8); Sergipe (8); Tocantins (8); Alagoas (9); Espírito Santo (10); Piauí (10); Paraíba (12); Santa Catarina (16); Goiás (17); Pará (17); Maranhão (18); Ceará (22); Pernambuco (25); Paraná (30); Rio Grande do Sul (31); Bahia (39); Rio de Janeiro (46); Minas Gerais (53) e São Paulo (70).

Porém, a representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Cada Senador será eleito com dois suplentes.

2.1.2. Órgãos do Poder Legislativo dos Estados: As Assembleias Legislativas dos Estados e a Câmara Legislativa do DF. Composição

O órgão do Poder legislativo dos Estados é a *Assembleia Legislativa* (atente-se que no Distrito Federal é denominado *Câmara Legislativa*), que é órgão *unicameral* composto de deputados estaduais (no Distrito Federal são chamados de deputados distritais) também eleitos pelo sistema proporcional para mandato de quatro anos.

Em consonância com o art. 27 da Constituição, o número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao *triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados*. Contudo, atingido o número de trinta e seis, a partir daí será acrescido de tantos quantos forem os deputados federais acima de doze. Vejamos dois exemplos: 1) o Estado de Alagoas tem 9 deputados federais; assim, esse Estado terá 27 deputados estaduais pela singela multiplicação de 9 por 3; 2) o Estado da Bahia tem 39 deputados federais; assim, a conta já não será pelo triplo, tendo em vista que ultrapassaria o limite de 36, mas da seguinte forma: $36 + (39 - 12)$, que dará 63 deputados estaduais. Para facilitar o cálculo, nesse segundo exemplo, poderíamos utilizar o número 24 como invariável (pois resulta da diferente entre 36 que é o limite, e 12 que é a quantidade de deputados federais que deve ser desprezada); assim teríamos: 39 deputados federais pela Bahia, somados por 24, obteríamos a quantidade dos estaduais (63); ou o inverso: 63 deputados estaduais na Bahia, obteríamos, se diminuídos por 24, a quantidade dos federais (39).

Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais⁷, aplicando-se-lhes as regras constitucionais sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

7. Ver a recente decisão do STF, na ADI 3.825, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-12-06, DJ de 2-3-07: "Segundo a nova norma do art. 30, § 4º, da Constituição de Roraima, introduzida pela Emenda Constitucional n. 16/2005, os Deputados Estaduais de Roraima eleitos em 1º de outubro de 2006 tomariam posse em 15 de fevereiro de 2007. Entre 1º de janeiro de 2007 e 15 de fevereiro de 2007, permaneceriam no cargo os Deputados Estaduais que foram eleitos em 6 de outubro de 2002 e empossados na Assembleia Legislativa Estadual em 1º de janeiro de 2003. A Constituição da República define o período de duração do mandato de Deputado, embora não fixe a data de seu início. O § 1º do art. 27 da Constituição do Brasil é regra de cumprimento identicamente obrigatória para os Estados-membros, razão pela qual não pode o constituinte ou o legislador estadual encurtar ou ampliar a duração do mandato de quatro anos definido." Grifos nossos.

Relativamente a seus subsídios, diz a Constituição serão fixados por *lei* (não por resolução) de iniciativa da própria Assembleia Legislativa, na razão de, *no máximo* (não significa dizer igual, tampouco pode haver vinculação, como já decidiu o STF⁸), setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I do texto fundamental.

De um modo geral, cumpre às Assembleias Legislativas, além de exercer a competência legislativa do Estado, dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos, cumprindo a lei dispor sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

2.1.3. Órgãos do Poder Legislativo dos Municípios: As Câmaras de Vereadores dos Municípios. Composição

O órgão do Poder legislativo dos Municípios é a *Câmara de Vereadores*, que é órgão *unicameral* composto de vereadores eleitos pelo sistema proporcional, em número cujo limite é fixado pela própria Constituição Federal.

Na redação original, o inciso IV do art. 29 da Constituição estabelecia que o número de Vereadores devia ser proporcional à população do Município, e observar os seguintes limites: a) mínimo de 09 (*nove*) e máximo de 21 (*vinte e um*) nos Municípios de *até 1.000.000 (um milhão) de habitantes*; b) mínimo de 33 (*trinta e três*) e máximo de 41 (*quarenta e um*) nos Municípios de *mais de 1.000.000 (um milhão) e menos de 5.000.000 (cinco milhões de habitantes)*; e c) mínimo de 42 (*quarenta e dois*) e máximo de 55 (*cinquenta e cinco*) nos Municípios de *mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes*. Contudo, segundo o Supremo Tribunal Federal, "deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade"⁹. Assentado nesse julgamento, o TSE editou a Resolução nº.

8. "Medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Norma que estabelece como subsídio mensal pago a Deputado Estadual o valor correspondente a 75% do subsídio mensal pago a Deputado Federal. Impossibilidade. Violação ao princípio da autonomia dos entes federados. Precedentes. Configurada a plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*). Urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*) caracterizada na obrigação, decorrente da norma impugnada, de que o Estado efetue pagamentos indevidos aos respectivos Deputados. Medida liminar deferida." (ADI 3.461-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-6-06, DJ de 2-3-07).

9. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-6-02, DJ de 7-5-04: "O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. Deixar a critério do

21.702/2004, que estabeleceu instruções sobre o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada Município¹⁰.

Porém, com a EC nº 58/2009 foram fixados os limites máximos para a composição das Câmaras Municipais. Assim, de acordo com o art. 29, IV, da Constituição, com a nova redação dada pela EC nº 58/2009, para a composição das Câmaras Municipais, será observado o **limite máximo** de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia."

10. Conferir decisão proferida em ADI's propostas contra a própria Resolução nº. 21.702/2004 do TSE: "O Tribunal, por maioria, julgou improcedentes os pedidos formulados em duas ações diretas de inconstitucionalidade (...) em face da Resolução 21.702/2004, editada pelo Tribunal Superior Eleitoral-TSE, que estabeleceu instruções sobre o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada Município. (...) Em relação ao mérito, concluiu-se pela inexistência das apontadas violações aos princípios da reserva de lei, da separação de poderes, da anterioridade da lei eleitoral e da autonomia municipal. Esclareceu-se que a Resolução 21.702/2004 foi editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197.917/SP (DJ de 27-4-2004), já que nele o STF dera interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento. Salientando que a norma do art. 16 da CF, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi prescrita no intuito de evitar que o Poder Legislativo pudessem inserir, casuisticamente, no processo eleitoral, modificações que viessem a deformá-lo, capazes de produzir desigualdade de participação dos partidos e respectivos candidatos que nele atuam, entendeu-se não haver afronta ao referido dispositivo, uma vez que a Resolução sob análise não ocasionou qualquer alteração que pudesse comprometer a finalidade visada pelo legislador constituinte." (ADI 3.345 e 3.365, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-05, Informativo 398).

- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)
- s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

Sucede que a EC 58/2009 determinou a aplicação *retroativa* destes novos limites para a composição das Câmaras Municipais a partir do processo eleitoral de 2008 (art. 3º, I), ensejando a propositura de ADI (nº 4307) junto ao STF questionando a validade constitucional do preceito. Na ação direta, a Ministra Relatora Cármen Lúcia deferiu o pedido de medida cautelar, referendada posteriormente pelo Tribunal, para suspender os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58/09¹¹.

11. "O Tribunal, por maioria, referendou liminar concedida, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, pela Min. Cármen Lúcia, relatora, que suspendera os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58/2009 o qual alterou o inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da CF, disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais, determinando a retroação dos efeitos das alterações procedidas e fixando a sua aplicação ao processo eleitoral, já aperfeiçoado, de 2008. Considerou-se configurada a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade da retroação de efeitos das novas regras de composição das Câmaras Municipais, por afronta, sobretudo, ao devido processo eleitoral (CF, artigos 5º, LIV, 14 e 16) e à segurança jurídica, bem como presentes riscos inegáveis à legitimidade das composições dessas Câmaras. Asseverou-se que a eleição é processo político aperfeiçoado, de acordo com as normas jurídicas vigentes em sua preparação e realização, e que as eleições de 2008 constituiriam processo político juridicamente perfeito, guardando inteira coerência com a garantia de segurança jurídica que resguarda o ato jurídico perfeito, de modo expresso e imodificável até mesmo pela atuação do constituinte reformador (CF, artigos 5º, XXXVI, 60, § 4º, IV). Salientou-se que os eleitos, diplomados e empossados vereadores, no número definido pela legislação eleitoral vigente segundo a previsão do art. 16 da CF (...), compõem os órgãos legislativos municipais e estão em pleno exercício de suas atribuições. Aduziu-se que a modificação do número de cargos em disputa para vereadores teria notória repercussão no sistema de representação proporcional (Código Eleitoral, artigos 106, 107 e 109), atingindo candidatos naquele pleito de 2008, os eleitos, partidos políticos e, principalmente, causando instabilidade nos eleitores, que foram às urnas, acreditaram no Estado que, pela Justiça Eleitoral, proclamou os eleitos, promoveu a sua diplomação e validou a posse, ficando eles sem saber ao certo o destino do seu voto e sem ter ciência de quem se elegeu e de quem não se elegeu. Ressaltou-se, ademais, que, se se permitisse que alguém pudesse ser empossado vereador, ainda que não eleito conforme as regras vigentes no processo eleitoral, por cargo surgido posteriormente à

Relativamente aos subsídios dos Vereadores, serão eles fixados pelas próprias Câmaras Municipais em *cada legislatura para a subsequente*, observado o que dispõe a Constituição, os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; e, por fim, f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais.

Entretanto, cumpre registrar que o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município (art. 29, VII).

Ademais, segundo o art. 29-A da Constituição, que foi incluído pela EC nº 25/2000, e com alguns incisos modificados e outros incluídos pela EC nº 58/2009, o *total da despesa do Poder Legislativo Municipal*, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

"I - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)¹²

eleição, poder-se-ia chegar a duas incongruências da nova regra jurídica com os princípios básicos da Constituição: a) não eleitos passariam a prover cargos de representantes do povo, em transgressão ao que dispõe o parágrafo único do art. 1º da CF; b) o constituinte reformador teria alterado, tacitamente, o modelo de composição e duração dos mandatos, pois a regra do inciso I do art. 29 da CF estabelece que a eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, é para mandato de quatro anos, mediante pleito direto." (ADI 4.307-REF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-11-09, Plenário, Informático 567).

12. Na redação anterior, o inciso dispunha o seguinte: "I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes"; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)

"II - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)¹³

"III - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)¹⁴

"IV - 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)¹⁵

"V - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes"; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

"VI - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes". (Incluído pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009)

Também prevê a Constituição que a Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores (§ 1º do art. 29-A, incluído pela EC nº 25/2000), constituindo crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito a esta vedação (§ 3º do art. 29-A, incluído pela EC nº 25/2000); assim como que constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal (a) efetuar repasse que supere os limites definidos no referido art. 29-A; (b) não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou (c) enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária (§ 2º do art. 29-A, incluído pela EC nº 25/2000).

A Lei Orgânica do Município deve organizar as funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal, dispondo sobre a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, observada a manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

2.2. Organização interna do Poder Legislativo

A organização interna de cada casa legislativa compreende a estruturação de órgãos indispensáveis à condução de seus trabalhos e ao desempenho de suas atividades.

13. Na redação anterior, o inciso dispunha o seguinte: "II - sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes"; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)
14. Na redação anterior, o inciso dispunha o seguinte: "III - seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes";
15. Na redação anterior, o inciso dispunha o seguinte: "IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes". (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)

Entre os seus órgãos internos fundamentais, há a *mesa diretora*, as *comissões parlamentares* e os *órgãos administrativos* e de *polícia interna*.

2.2.1. A Mesa Diretora

Todo órgão legislativo tem uma *Mesa*, que é o órgão de direção da casa legislativa e responsável pela condução dos trabalhos legislativos e administrativos. No Poder legislativo da União, existe uma *Mesa* diretora da Câmara dos Deputados, uma *Mesa* diretora do Senado e uma *Mesa* diretora do Congresso Nacional.

Os cargos da Mesa são definidos no Regimento interno de cada casa. Tradicionalmente, os Regimentos da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional dispõem dos seguintes cargos: um Presidente; dois Vice-Presidentes (1º Vice-Presidente e 2º Vice-Presidente); quatro Secretários (1º, 2º, 3º e 4º Secretários) e quatro suplentes de Secretários. Todavia, segundo a Constituição, na constituição das Mesas é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (art. 58, § 1º).

As Mesas da Câmara e do Senado compõem-se, respectivamente, de deputados e senadores eleitos pelos seus próprios pares para mandato de 2 (dois) anos, *vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente* (art. 57, § 4º). Em que pese a clareza do art. 57, § 4º, que veda a recondução para o mesmo cargo na *eleição imediatamente subsequente*, sem fazer qualquer tipo de distinção se a vedação é somente na mesma legislatura ou se envolve legislaturas diversas, a prática parlamentar sedimentou o entendimento de que é possível a recondução quando for de uma legislatura para outra (ou seja, no segundo período de uma legislatura para o primeiro período da legislatura seguinte). Já a Mesa do Congresso Nacional, que se compõe conjuntamente de deputados e senadores, não é formada por eleição, pois a Constituição já indicou quais serão os seus membros, entre aqueles que compõem as Mesas da Câmara e do Senado. Assim, de acordo com o art. 57, § 5º, a Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Note-se que, como o Presidente da Mesa do Congresso Nacional será o Presidente da Mesa do Senado, a composição dos demais cargos da Mesa do Congresso ficará assim definida: 1º Vice-Presidente (será o 1º Vice-Presidente da Câmara); 2º Vice-Presidente (será o 2º Vice-Presidente do Senado); 1º Secretário (será o 1º Secretário da Câmara); 2º Secretário (será o 2º Secretário do Senado); 3º Secretário (será o 3º

Secretário da Câmara) e, finalmente, o 4º Secretário (será o 4º Secretário do Senado).

2.2.2. As Comissões Parlamentares

As comissões parlamentares são órgãos de natureza técnica competentes para examinar as propostas legislativas em curso nas casas legislativas e sobre elas emitir pareceres ou para controlar e investigar fatos relevantes e determinados.

De acordo com a Constituição, o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões *permanentes* e *temporárias*, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. Todavia, determina a Constituição que na formação de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (I) discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; (II) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; (III) convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; (IV) receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; (V) solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; e (VI) apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

2.2.2.1. Comissões Permanentes

As comissões permanentes são aquelas criadas para durarem por tempo indefinido, permanecendo por sucessivas legislaturas e são instituídas em razão da matéria ou tema, com a finalidade de apreciar os assuntos ou proposições submetidos ao seu exame e sobre eles deliberar, assim como exercer o acompanhamento dos planos e programas governamentais e a fiscalização orçamentária da União, no âmbito dos respectivos campos temáticos e áreas de atuação. Por essa razão estas comissões são também chamadas de *comissões temáticas* (exemplo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania; Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público; Comissão de Orçamento; Comissão de Finanças e Tributação; Comissão de Defesa do Consumidor; Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Comissão de Direitos Humanos e Minorias; Comissão de Educação e Cultura, entre outras).

Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe, entre outras atribuições, discutir e votar as proposições sujeitas à deliberação do Plenário que lhes forem distribuídas (apreciação sujeita a deliberação plenária); e discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário (apreciação conclusiva, isto é, não sujeita a deliberação plenária), salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa, e excetuados os projetos: a) de lei complementar; b) de código; c) de iniciativa popular; d) de Comissão; e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1º do art. 68 da Constituição Federal; f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas; g) que tenham recebido pareceres divergentes; h) em regime de urgência.

2.2.2.2. Comissões Temporárias

As comissões temporárias são aquelas criadas para fins específicos e duram o tempo necessário para conclusão de seus trabalhos ou no prazo previamente fixado. São comissões temporárias, as comissões especiais, de inquérito e as externas.

As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: I - proposta de emenda à Constituição e projeto de código; II - proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada (Conf. RI da Câmara dos Deputados, art. 34).

2.2.2.3. Comissões Mistas

As comissões mistas são aquelas criadas no âmbito do Congresso Nacional e se compõem conjuntamente de deputados e senadores. Podem ser permanentes ou temporárias. São exemplos de comissão mista permanente: a comissão para examinar as medidas provisórias antes de serem apreciadas pelas casas separadamente (art. 62, §9º) e a comissão do orçamento (art. 166, § 1º).

2.2.2.4. Comissões de Inquérito

São comissões necessariamente temporárias, que podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante *requerimento de um terço* de seus membros, para a *apuração de fato determinado e por prazo certo*, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a

responsabilidade civil ou criminal dos infratores. De acordo com o art. 58, § 3º da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito terão *poderes de investigação* próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas.

A ideia fundamental da doutrina da separação dos poderes é a contenção do poder. A limitação do poder pelo poder presidiu, pois, toda a construção dessa doutrina separacionista.

Pois bem, uma das manifestações mais autênticas de contenção do poder é encontrada no âmbito da competência constitucional do Poder Legislativo, a quem incumbe o exercício das atividades de *investigação* de fatos relevantes por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito. Esse poder de investigação, registre-se, constitui uma função típica do Legislativo, ao lado da função de legislar, e merecedora de idêntico prestígio. Logo, é equívoco dizer-se que a atividade investigativa do Legislativo é meramente auxiliar.

Esclareça-se, contudo, que essa atividade de investigação insere-se no contexto amplo da atividade de fiscalização do Poder legislativo. Vale dizer, a função típica do Poder Legislativo de *fiscalizar* compreende a atividade de *controle* e de *investigação*. Como sublinha Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, "Algumas funções congressuais são orientadas para a verificação da pertinência de certas atuações com a Constituição ou com as leis de regência. É assim quando o Congresso examina as contas da Presidência da República e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX), convoca Ministros para informar das atividades de suas pastas (art. 50) ou, com o auxílio do Tribunal de Contas, procede à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e de suas entidades da administração direta e indireta (art. 70 e seguintes). *Estas são atividades de controle*. Por vezes, entretanto, há necessidade de um especial processo de obtenção de informações, a ser deliberado pelo Congresso e suas casas, sobre fatos que não são ordinariamente submetidos ao exame congressual, podendo ensejar a identificação de responsabilidades. *Estas são as atividades de investigação*. O termo 'fiscalização', portanto, é genérico"¹⁶. (grifos nossos)

2.2.2.4.1. As Comissões Parlamentares de Inquérito nas Constituições brasileiras

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 silenciaram a respeito das funções de investigação do Poder Legislativo. Não obstante, revela a história

16. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 57.

que várias investigações foram realizadas pelo Legislativo através de Comissões de inquérito.

Já a Constituição de 1934 expressamente dispôs dessas Comissões parlamentares, embora restringindo a sua criação no âmbito tão somente da Câmara dos Deputados. Prevía, assim, o seu art. 36 que "A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros". Vale aqui a observação de que, desde esta Constituição, ou seja, desde a primeira Constituição a prever a criação das comissões de inquérito, que se exige a necessidade de *fato determinado* a ser investigado e se prevê o direito das minorias parlamentares para a iniciativa de criação destas comissões, reclamando-se tão somente o quórum de 1/3 dos membros da casa legislativa.

A Constituição de 1937, alinhada à sua feição autoritária e concentradora do poder, sonegou referência às essas comissões de inquérito.

A Constituição de 1946 ressuscitou as comissões de inquérito. No art. 53 previu que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros". No parágrafo único, determinou que se observasse a representação proporcional dos partidos na organização dessas comissões de inquérito.

A Constituição de 1967 também previu as comissões de inquérito. No art. 39, estabeleceu que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros". Como novidade, permitiu a criação de comissões de inquérito *mistas* (ou seja, instituídas pelas casas legislativas em conjunto, no âmbito do Congresso), e instituiu o requisito do *prazo certo*.

A EC nº 01/69 reproduziu, no art. 37, o texto acima, fixando, porém, uma limitação quanto ao número de comissões que pudessem funcionar ao mesmo tempo. Assim, no art. 30, parágrafo único, alínea d, estabeleceu que "Não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal".

2.2.2.4.2. As Comissões Parlamentares de Inquérito na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 referiu-se às comissões parlamentares de inquérito com maior amplitude que as anteriores. Manteve o texto atual

a possibilidade de comissões de inquérito mistas; a exigência da iniciativa de um terço dos membros de cada casa legislativa ou do Congresso Nacional para a criação das comissões; a necessidade de fato determinado para ser investigado e o prazo certo para a investigação.

Trouxe como novidade a equiparação dos poderes de investigação das comissões de inquérito aos poderes próprios das autoridades judiciais, no que se igualou com as Constituições da Itália de 1948 (art. 82) e de Portugal de 1976 (art. 181), além da necessidade de encaminhamento, se for o caso, das conclusões das investigações das comissões para o órgão do Ministério Público, por influência da Constituição da Espanha de 1978.

2.2.2.4.3. Conceito, finalidade e natureza

As Comissões Parlamentares de Inquérito são Comissões *temporárias* que podem ser criadas no âmbito do Congresso Nacional (*mistas*) ou em cada uma das Casas Legislativas, com o objetivo específico de investigar fato ou fatos determinados, para apuração de responsabilidades, por período certo. São órgãos que instauram um procedimento administrativo de feição política, de cunho meramente investigatório, semelhante ao inquérito policial e ao inquérito civil público. Distinguem-se destes, todavia, não só em razão dos poderes de investigação que têm os seus membros (equiparados aos poderes de investigação dos juízes), como também em razão de as CPI's não assumirem necessariamente natureza preparatória de ações judiciais (como ocorre com suas espécies afins, uma vez que tanto o inquérito policial quanto o inquérito civil público são procedimentos preparatórios; o primeiro para a ação penal e o segundo para a ação civil pública). Podem até servir de arrimo para ações penais e ações civis públicas, mas não necessariamente, reiterar-se, haja vista que este não é o seu objetivo. "Seu escopo" – leciona, com precisão, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves¹⁷ – "é tão-somente apurar o fato certo e determinado para o qual foram constituídas, em exercício de prerrogativa diretamente ligada ao papel político do Congresso Nacional no acompanhamento dos assuntos nacionais".

"São investigações que atendem a razões inerentes ao poder de representação parlamentar, não haurindo sua legitimidade da pertinência com futuras medidas processuais ou legislativas. O preço, entretanto, dessa prerrogativa, é que não possuem as CPIs qualquer instrumental jurídico que lhes permita fazer valer, por seus próprios meios, suas conclusões. Não podem elas acusar, processar, desfazer atos, responsabilizar ou julgar. Podem tão somente investigar e enviar suas conclusões para que outras instituições,

17. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 40-41.

alí sim, com diversa finalidade, adotem as providências cabíveis. Quando muito, podem as comissões recomendar a adoção de alguma providência a algum outro órgão estatal, ou dar sinal ao próprio legislativo sobre a conveniência de alguma alteração de leis. Possuem auto-executoriedade no estrito limite das diligências investigativas, não podendo, fora delas, determinar o que quer que seja. A despeito de possuírem poderes investigativos equiparados aos judiciais, as CPIs não se confundem, portanto, com um processo judicial: sua natureza é político-administrativa. Sem embargo, a possível utilização ulterior de suas conclusões como lastro para procedimentos investigativos ou de responsabilização penais, bem como a exposição de situações individuais merecedoras de proteção constitucional, determinam que sejam adotadas, em seu procedimento, regras protetivas dos direitos individuais"¹⁸.

As investigações encetadas pelo parlamento, ademais, têm natureza inquisitiva, não se aplicando às CPI's os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que essas Comissões não responsabilizam, não processam e não julgam. Inclusive, essas Comissões, se for necessário, podem até decretar o sigilo das investigações e limitar as reuniões às presenças do indiciado, das testemunhas e dos advogados, e mesmo assim, quanto a estes, quando acompanharem os seus constituintes.

2.2.2.4.4. Requisitos para a criação

Segundo a Constituição, as Comissões Parlamentares de Inquérito só podem ser criadas: a) a requerimento de um terço dos membros de cada Casa Legislativa (quando atuarem em separado) ou dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (quando as Casas atuarem em conjunto); b) para a apuração de fato determinado; e c) por prazo certo.

No Direito brasileiro, assim como ocorre no Direito Português (CRP, art. 178, 4) e no Direito Alemão (Lei Fundamental de Bonn, art. 44, 1), as *Comissões Parlamentares de Inquérito constituem importante instrumento de controle à disposição das minorias parlamentares*, tendo em vista que podem ser criadas por ato da respectiva mesa¹⁹, mediante requerimento de um terço dos membros de cada Casa Legislativa (quando atuarem em separado) ou do Congresso Nacional (quando as Casas atuarem em conjunto). Não há necessidade, portanto, de deliberação plenária para a criação dessas Comissões²⁰.

18. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 41.

19. Exceção feita às CPI's criadas no âmbito do Congresso Nacional, uma vez que o regimento interno deste estabelece ser automática a sua instituição (art. 21).

20. Nesse exato sentido, vide importante decisão do STF, no MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-05, DJ de 4-8-06: "Comissão Parlamentar de Inquérito – Direito de oposição

As Comissões Parlamentares de Inquérito, entretanto, não dispõem de poderes gerais de investigação. Somente podem investigar fatos precisos e determinados, ainda que relacionados a particulares, mas desde que sejam de interesse público. Esses fatos específicos podem ter qualquer natureza, inclusive criminosa, independentemente de quem esteja envolvido.

A temporariedade, ademais, é da essência dessas Comissões. As investigações que entabulam não podem se alongar no tempo indeterminadamente, devendo ser realizadas a termo certo, desde já indicado quando da sua criação. Embora a Constituição não diga, é razoável sustentar-se que essas Comissões não podem durar para além da legislatura. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados fixa esse prazo em cento e vinte dias, prorrogável por até metade: "A Comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade,

— Prerrogativa das minorias parlamentares — Expressão do postulado democrático — Direito impregnado de estatuta constitucional — Instalação de inquérito parlamentar e composição da respectiva CPI — Tema que extravasa os limites *interna corporis* das casas legislativas — Viabilidade do controle jurisdicional — Impossibilidade de a maioria parlamentar frustrar, no âmbito do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do direito constitucional à investigação parlamentar (CF, art. 58, § 3º) — Mandado de segurança concedido. Criação de Comissão Parlamentar de Inquérito: requisitos constitucionais. O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. O direito de investigar — que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) — tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 — RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O estatuto constitucional das minorias parlamentares: a participação ativa, no Congresso Nacional, dos grupos minoritários, a quem assiste o direito de fiscalizar o exercício do poder. A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. (...) Legitimidade passiva *ad causam* do Presidente do Senado Federal — autoridade dotada de poderes para viabilizar a composição das comissões parlamentares de inquérito."

mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos" (art. 35, § 3º). Já o Regimento Interno do Senado não estabeleceu um prazo máximo, possibilitando que o requerimento de criação da CPI determinasse o prazo de sua duração, que pode ser prorrogado, estando apenas limitada essa possibilidade de prorrogações à legislatura em que criada a Comissão. Evidentemente que a contínua prorrogação desse prazo, ainda que dentro da mesma legislatura, não se coaduna com o requisito constitucional do prazo certo.

2.2.2.4.5. Os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito

Estabelece a Constituição que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das Casas Legislativas. Por isso que, com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, a Constituição "é a sede em que se fixam os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito e o parâmetro para verificação da pertinência das estatuições feitas por outros dispositivos. É que, por força de sua própria dicção, duas outras sedes formais 'auxiliares' podem dispor sobre os poderes de fiscalização das Comissões de Inquérito. A primeira delas é o Regimento Interno das Casas Congressuais, objeto de expressa menção. A outra, que podemos chamar de indireta, é a lei, pois ao igualar os poderes das CPIs, neste tópico restrito, aos dos juízes, se admite a aplicação aos parlamentares das disposições legais que ordenam a atividade investigativa dos juízes, notadamente as leis processuais"²¹.

Para o citado autor, a Lei n. 1.579/52 - que dispõe sobre os poderes de investigação das CPI's - não foi recepcionada pela Constituição de 1988, exceto na parte em que prescreve condutas puníveis. Isso porque, segundo esclarece, a Constituição Federal reservou unicamente aos regimentos internos das Casas Legislativas a tarefa de complementar tais poderes, não podendo a lei em sentido estrito fazê-lo, salvo no que se refere às condutas puníveis, ante o princípio da reserva legal.

Cumprir saber, agora, quais são os poderes de investigação dos juízes e quais destes podem ser exercidos pelas CPI's, sobretudo em face da chamada *reserva de jurisdição*.

Inicialmente, deve-se esclarecer que só *excepcionalmente* tem o juiz poderes de investigação, pois estes poderes quem os possui *ordinariamente* são as denominadas polícias judiciárias. Isto no âmbito, é claro, do inquérito

21. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito — Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 45.

policial. Assim, quando o juiz determina uma busca e apreensão ou uma interceptação telefônica, não está investigando, mas controlando a legalidade da investigação de outros atores, quais sejam, a polícia judiciária e o Ministério Público²². Todavia, no âmbito da instrução processual, os poderes de investigação do juiz, respeitados certos limites inerentes à sua condição de órgão imparcial, serão os mais amplos, muito maiores, sem dúvida, do que aqueles conferidos originalmente à polícia e ao Ministério Público, uma vez que quando é o juiz quem determina a prova, faz ele concomitante juízo de legalidade²³. Sequer são oponíveis aos juízes, no exercício dos poderes de investigação processual, as garantias relativas à intimidade e à privacidade. Enfim, concluindo com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, “apenas no processo podem os juízes investigar mas, quando o fazem, respeitados os limites já expostos, atuam com amplitude maior do que a das próprias autoridades as quais se atribui a função usual de investigação”²⁴. Com esses poderes de investigação, podem os juízes determinar a produção de toda ordem de provas para a formação do convencimento necessário ao deslinde da causa, desde que o façam fundamentadamente e com respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, “Podem eles ouvir testemunhas, tomar depoimento pessoal das partes, interrogar acusados, promover acareações, reconhecimentos, inspeções, reconstituições de fatos, requisitar documentos e informações, determinar a realização de perícias, determinar a busca e apreensão de papéis e objetos, determinar o acesso a dados reservados, determinar a receptação da comunicação de dados ou telefônicas, etc.”²⁵

Esses poderes de investigação, porém, não se confundem com a adoção de medidas cautelares. Enquanto estas visam a assegurar o resultado útil de um processo ou procedimento ou até mesmo o êxito de uma investigação, aqueles objetivam levantar informações para a demonstração de uma dada situação. Essa distinção é importante, porque a Carta Magna só autoriza as CPI's a exercerem os poderes de investigação das autoridades judiciais, não as medidas cautelares de incumbência destas, muito menos outras que importam em processar e julgar.

Surge, finalmente, a seguinte indagação: podem as CPI's exercer *todos* os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais? O § 3º do art. 58 da Constituição Federal estabelece, a princípio, que sim. Todavia, a

22. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 62.

23. Idem, p. 66.

24. Idem, p. 66.

25. Idem, p. 66.

Constituição não pode ser encarada como um conjunto desordenado ou caótico de normas, mas, sim, como uma constelação de normas articuladas, que se relacionam reciprocamente, segundo um princípio unificador. Ela é um todo unitário que, por isso mesmo, deve ser interpretado como tal. Assim, não obstante diga uma norma que as CPI's terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, há tantas outras normas, de mesma envergadura, que preveem poderes de investigação *exclusivos* para os juízes, em face da proteção a certos direitos fundamentais, como a liberdade e a privacidade.

É certo que as Comissões Parlamentares de Inquérito, como aqui defendemos, representam uma garantia para o Estado Democrático, para as liberdades públicas e as minorias parlamentares. Contudo, não há negar que a Constituição preferiu *reservar* ao Poder Judiciário certas providências que, embora necessárias nas hipóteses que a ensejam, sacrificam direitos indispensáveis à convivência e sobrevivência humana, tendo em vista a imparcialidade e a especialização jurídica próprias dos membros deste Poder, que os afastam das paixões político-partidárias e os colocam em melhor posição para o trato com aspectos jurídicos fundamentais. Por isso é que, segundo entendemos, não podem as CPI's determinar prisões (CF, art. 5º, inciso LXI, salvo as em flagrante delito, que podem ser realizadas por qualquer do povo), buscas e apreensões domiciliares (CF, art. 5º, inciso XI) e interceptações de comunicações telefônicas (CF, art. 5º, inciso XII), providências estas que se inserem no âmbito da chamada *reserva constitucional de jurisdição*²⁶.

Fora daí, e mesmo assim restrita às atividades de investigação, podem as CPI's exercer todos os poderes investigatórios dos juízes (como, *v. g.*, requisitar documentos e informações dos órgãos da administração direta e das entidades da administração indireta; determinar a intimação de testemunhas e acessar diretamente dados fiscais, financeiros e bancários). Entretanto,

26. Ver, “O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, reservada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. Autonomia da investigação parlamentar: O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa – sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição – promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressual.” (MS 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-00, DJ de 16-2-01).

a Constituição, ao estender esses poderes, também estendeu os deveres correlatos, de modo que os requisitos de forma, necessidade e utilidade de quaisquer medidas devem ser satisfeitos pelas Comissões de Inquérito, sob pena de serem as medidas adotadas declaradas nulas pelo Judiciário, a quem cabe, sempre e sempre, o controle posterior delas. Ora, não poderia ser diferente, pois não teria sentido que as Comissões pudessem usar dos mesmos poderes dos juízes, aliás próprios destes, sem as limitações impostas a eles. Assim, de um modo geral, devem as CPI's motivar as suas decisões (CF, art. 93, IX)²⁷, que devem ser adotadas pelo plenário, haja vista se tratarem de órgãos colegiais, e respeitar os direitos e garantias de quaisquer pessoas que tenham relação com o fato investigado (como, *v. g.*, o direito ao silêncio e o direito de se fazerem assistir por advogados)²⁸, tratando-as inclusive com urbanidade, sejam elas indiciados, testemunhas ou advogados.

Voltando ao tema da equiparação dos poderes, o STF já firmou seu entendimento contra a possibilidade de as CPI's determinarem diretamente a busca e apreensão domiciliar²⁹. Entendeu a Corte – acertadamente, no nosso sentir – que tal ato se sujeita ao princípio constitucional da reserva de jurisdição. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, porém, em posição contrária, sustenta que “se as Comissões de Inquérito têm os mesmos poderes de investigação dos juízes, podem também determinar a busca e apreensão, sujeitando-se apenas ao controle posterior. Negar esta possibilidade à

27. Ver, “A quebra do sigilo, por ato de Comissão Parlamentar de Inquérito, deve ser necessariamente fundamentada, sob pena de invalidade. A Comissão Parlamentar de Inquérito – que dispõe de competência constitucional para ordenar a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico das pessoas sob investigação do Poder Legislativo – somente poderá praticar tal ato, que se reveste de gravíssimas consequências, se justificar, de modo adequado, e sempre mediante indicação concreta de fatos específicos, a necessidade de adoção dessa medida excepcional. Precedentes. A fundamentação da quebra de sigilo há de ser contemporânea à própria deliberação legislativa que a decreta. A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito – que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes. A quebra de sigilo – que se apóia em fundamentos genéricos e que não indica fatos concretos e precisos referentes à pessoa sob investigação – constitui ato eivado de nulidade. Revela-se desvestido de fundamentação o ato de Comissão Parlamentar de Inquérito, que, ao ordenar a ruptura do sigilo inerente aos registros fiscais, bancários e telefônicos, apóia-se em motivação genérica, destituída de base empírica idônea e, por isso mesmo, desvinculada de fatos concretos e específicos referentes à pessoa investigada.” (MS 23.868, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-8-01, DJ de 21-6-02). No mesmo sentido: MS 23.879, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 3-10-01, DJ de 16-11-01.
28. Ver, “Comissão Parlamentar de Inquérito detém o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que parlamentares de inquérito – de modo que a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados de direitos e garantias constitucionais.” (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20-6-01, DJ de 14-10-05).
29. MS nº 23.642-DF, Rel. Min. Néri da Silveira.

Comissão seria equivalente a negá-la aos juízes quando agem ‘sponte própria’, na instrução processual”³⁰.

2.2.2.4.6. A Federação e as Comissões Parlamentares de Inquérito

O Brasil é um Estado Federal. Por essa razão, os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito devem guardar perfeita relação com as competências repartidas entre as entidades políticas que integram o pacto federativo. Forte nisso, as Casas Legislativas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios só podem investigar os fatos que se inserirem no âmbito de suas competências legislativas e materiais, não podendo umas se intrometerem nos assuntos confiados às outras. Sem a necessária competência, inexistente, por natural consequência, o poder de investigação.

Todavia, havendo competência, não há negar o correlato poder de investigação, ainda que se trate de entidade política de âmbito menor³¹. Assim, podem os Poderes Legislativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios investigar fatos de suas competências, por meio de CPI's. Os Estados, por suas Constituições, e o Distrito Federal e Municípios, por suas Leis Orgânicas, podem prever a criação dessas Comissões de investigação, com a observância obrigatória de certas normas da Constituição Federal, entre elas, segundo entendemos, aquelas referentes ao direito das minorias parlamentares³².

30. Op. cit., p. 94.

31. Ver, nesse sentido, STF, ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-04, DJ de 11-11-05: “Ação cível originária. Mandado de segurança. Quebra de sigilo de dados bancários determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito de Assembléia Legislativa. Recusa de seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil. Lei Complementar 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QQ). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na Constituição Federal de 1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de checks-and-counterchecks adotado pela Constituição federal de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos Estados-Membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a Lei Complementar 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição.”

32. Nesse sentido, ver STF, ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 1º-8-06, DJ de 20-4-07: “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 34, § 1º, e 170, inciso I, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Criação. Deliberação do Plenário da assembléia legislativa. Requisito que não encontra respaldo no texto da Constituição do Brasil. Simetria. Observância compulsória pelos estados-membros. Violação do artigo 58, § 3º, da Constituição do Brasil. A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando porém ao próprio parlamento o seu destino. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas

A única restrição que se faz aqui, relaciona-se aos poderes de investigação das CPI's municipais. Objetar-se que esses poderes sejam equiparados ao poderes próprios dos juízes, uma vez que o Município não dispõe de Poder Judiciário, além de não terem os parlamentares municipais as mesmas prerrogativas que têm os parlamentares estaduais e federais. Desse modo, as CPI's municipais não podem determinar diligências invasivas a direitos fundamentais, como quebra de sigilos, conduções coercitivas, entre outras. Necessitam, para tanto, de autorização judicial, obtida, de forma justificada, perante a autoridade judicial com atuação na Comarca.

2.2.2.5. Representativa

A comissão representativa foi prevista pela Constituição para exercer uma atividade de representação, *durante o recesso*, do Congresso Nacional. Será eleita pelas casas do Congresso na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

2.2.3 A Polícia Legislativa e Órgãos Administrativos

A polícia legislativa é órgão de segurança interna das casas legislativas, responsável pelas atividades típicas de polícia, porém limitada ao âmbito dos fatos ocorridos no recinto da Câmara, do Senado e do Congresso. Os órgãos administrativos são os responsáveis pelas atividades administrativas atinentes ao Poder legislativo, compondo uma verdadeira administração pública interna.

2.3. O funcionamento dos Órgãos do Poder Legislativo

Os órgãos do Poder legislativo desenvolvem as suas atividades dentro de determinados *períodos*, que compreendem a *legislatura* (quatro anos), as *sessões legislativas* (reuniões anuais) e as *sessões* (reuniões diárias).

estaduais – garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembléia Legislativa. Precedentes. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembléia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no artigo 58 da CB/88. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho 'só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e', constante do § 1º do artigo 34, e o inciso I do artigo 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo."

2.3.1. A Legislatura

A legislatura é o período dentro do qual funciona cada órgão legislativo, com a sua nova composição. Terá a duração de quatro anos (art. 44, § único) e compreende quatro sessões legislativas ordinárias. Corresponde à duração do mandato do deputado federal. Ou seja, no âmbito federal, começa no dia 01 de fevereiro de determinado ano e se encerra no dia 31 de janeiro quatro anos depois.

Atualmente, o Congresso Nacional se encontra na sua 54ª legislatura, que se iniciou em 01 de fevereiro de 2011, com a posse dos novos deputados e senadores, eleitos ou reeleitos, e se encerrará no dia 31 de janeiro de 2015. Como cada legislatura abrange 4 sessões legislativas ordinárias, em 2011 ocorreu a 1ª sessão legislativa ordinária da atual legislatura; em 2012, estaremos na 2ª sessão legislativa; em 2013, na 3ª sessão legislativa; e em 2014, na 4ª e última sessão legislativa.

2.3.2. As Sessões legislativas

Cada legislatura compreende quatro sessões legislativas. Sessão legislativa é o período anual de funcionamento das casas legislativas.

2.3.2.1. Ordinária

A sessão legislativa ordinária, ou simplesmente sessão legislativa, corresponde ao próprio *período anual* e compreende dois períodos que são intercalados por um recesso. Vai do dia 02 de fevereiro até o dia 17 de julho (1º período); e recomeça no dia 1º de agosto e finaliza no dia 22 de dezembro (2º período). De acordo com o art. 57 da Constituição, na nova redação dada pela EC 50/2006, o Congresso Nacional se reunirá, *anualmente*, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.

Por força do que dispõe o § 2º do art. 57, a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

2.3.2.2. Extraordinária

A sessão legislativa extraordinária é aquela que ocorre *durante o recesso parlamentar* quando convocada nos termos do art. 57, § 6º, da Constituição. Segundo esse parágrafo, a convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á (I) pelo *Presidente do Senado Federal*, em caso de decretação de

estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República; (II) pelo *Presidente da República*, pelos *Presidentes da Câmara dos Deputados* e do *Senado Federal* ou a *requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas*, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste item com a *aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas* do Congresso Nacional.

Anote-se que na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional *somente deliberará* sobre a matéria para a qual foi convocado, salvo as medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária, que *serão automaticamente incluídas na pauta da convocação*. A Constituição, a partir da EC 50/06, passou a vedar o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação³³.

2.3.3. As Sessões

As sessões são *reuniões diárias* dos órgãos legislativos. Podem ser *ordinárias* ou *extraordinárias*.

2.3.3.1. Ordinárias

As sessões *ordinárias* são reuniões diárias que ocorrem no horário normal de expediente, em conformidade com o Regimento interno da casa legislativa.

Conforme o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, as sessões serão: I - *preparatórias*, assim entendidas aquelas que precedem a inauguração dos trabalhos do Congresso Nacional na primeira e na terceira sessões legislativas de cada legislatura; II - *ordinárias*, as de qualquer sessão legislativa, realizadas apenas uma vez por dia, em todos os dias úteis, de segunda a sexta-feira; III - *extraordinárias*, as realizadas em dias ou horas diversos dos prefixados para as ordinárias; e IV - *solenes*, as realizadas para grandes comemorações ou homenagens especiais (Art. 65).

33. "Art. 147, § 5º, do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. (...) O art. 57, § 7º, do Texto Constitucional, numa primeira análise, veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão de convocação extraordinária, norma que é de reprodução obrigatória pelos Estados-membros por força do art. 27, § 2º, da Carta Magna. A Constituição é expressa, no art. 39, § 4º, ao vedar o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória ao subsídio percebido pelos parlamentares. A presença do perigo da demora é evidente, uma vez que, caso não se suspenda o dispositivo impugnado, a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás continuará pagando aos deputados verba vedada pela Carta Política, em evidente prejuízo ao erário." (ADI 4.587-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-8-2011, Plenário, DJE de 22-9-2011).

Ainda em consonância com o Regimento da Câmara, as sessões ordinárias daquela Casa terão duração de cinco horas, iniciando-se, quando convocadas para as sextas-feiras, às 09h (nove horas), e, nos demais dias da semana, às 14h (quatorze horas), e constarão de: I - *Pequeno Expediente*, com duração de sessenta minutos improrrogáveis, destinado à matéria do expediente e aos oradores inscritos que tenham comunicação a fazer; II - *Grande Expediente*, a iniciar-se às dez ou às quinze horas, conforme o caso, com duração improrrogável de cinquenta minutos, distribuída entre os oradores inscritos; III - *Ordem do Dia*, a iniciar-se às onze ou dezesseis horas, conforme o caso, com duração de três horas prorrogáveis, para apreciação da pauta; IV - *Comunicações Parlamentares*, desde que haja tempo, destinadas a representantes de Partidos e Blocos Parlamentares, alternadamente, indicados pelos Líderes.

2.3.3.2. Extraordinárias

As sessões *extraordinárias* são reuniões diárias que ocorrem *fora* do horário normal de expediente. Não precisam ser convocadas nos mesmos moldes de convocação da sessão legislativa extraordinária.

2.3.4. As Sessões preparatórias

As sessões preparatórias são aquelas destinadas à posse dos membros das casas legislativas e à eleição das respectivas Mesas. Cada uma das casas legislativas se reunirá em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura.

Atualmente elas estão *limitadas a 01 (um) dia*, já que a sessão legislativa começa efetivamente no dia 02 de fevereiro, e só podem ocorrer no primeiro ano da legislatura, isto é, na primeira sessão legislativa de cada legislatura.

2.4. As atribuições do Congresso Nacional

O Congresso Nacional dispõe, basicamente, de *competências legislativas* e de *competências políticas próprias*.

Como órgão do Poder legislativo da União, compete-lhe, através de suas casas e com a sanção do Presidente da República, *dispor sobre todas as matérias de competência legislativa da União*, especialmente sobre: (I) sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; (II) plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; (III) fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; (IV) planos e programas nacionais, regionais e setoriais de

desenvolvimento; (V) limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; (VI) incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas; (VII) transferência temporária da sede do Governo Federal; (VIII) concessão de anistia; (IX) organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal; (X) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; (XI) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (XII) telecomunicações e radiodifusão; (XIII) matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; (XIV) moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal; e (XV) fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.

Porém, como órgão político, dispõe de competência exclusiva para, *por si e sem a sanção do Presidente da República*: (I) resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional³⁴; (II) autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; (III) autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias³⁵; (IV) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; (V) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa³⁶; (VI)

34. Conforme STF, na ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-97, DJ de 18-5-01: "O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional (...)." 35. Ressalte-se que, em conformidade com o art. 83 da Constituição, "O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, *sob pena de perda do cargo*". (grifos nossos).

36. Vide STF, AC 1.033-Agr-RO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-06, DJ de 16-6-06: "O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito

mudar temporariamente sua sede; (VII) fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores³⁷, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (VIII) fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (IX) julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; (X) fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (XI) zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; (XII) apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; (XIII) escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; (XIV) aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; (XV) autorizar referendo e convocar plebiscito; (XVI) autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais³⁸; (XVII) aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Além das competências relacionadas no art. 49, a Constituição ainda autoriza ao Congresso Nacional, através de suas Casas ou suas Comissões, convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente

de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-Agr/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *vg.*). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN n. 01/2005."

37. Conforme STF, ADI 3.833-MC, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-12-06, Informativo 453: "O Tribunal, por maioria, não conheceu de ação direta ajuizada pelo Partido Popular Socialista-PPS, em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 444/2002, averbando, todavia, o exaurimento da norma contida no referido decreto legislativo, ou seja, é entendimento da Corte que a fixação dos subsídios para os Congressistas, Senadores e Deputados deverá se fazer mediante decreto legislativo específico a ser aprovado por ambas as Casas do Congresso. (...) Asseverou-se também que, nos termos do art. 49, VII, da CF, a fixação dos subsídios há de ser objeto de decreto legislativo específico a exigir deliberação do plenário das Casas do Congresso Nacional (...)." 38. "É do Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas (CF, art. 49, XVI, e 231, § 3º), mediante decreto-legislativo, que não é dado substituir por medida provisória. Não a usurpa, contudo, a medida provisória que – visando resolver o problema criado com a existência, em poder de dada comunidade indígena, do produto de lavra de diamantes já realizada, disciplina-lhe a arrecadação, a venda e a entrega aos indígenas da renda líquida resultante de sua alienação." (ADI 3.352-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-12-04, DJ de 15-4-05).

subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, assim como permite que as Mesas da Câmara e do Senado encaminhem pedidos escritos de informações a tais autoridades.

Contudo, vale ressaltar que a Constituição Federal somente autoriza a convocação dos Ministros de Estado ou outras autoridades diretamente subordinados à Presidência da República, jamais a convocação do próprio Presidente da República ou do chefe do Poder Judiciário. Desse modo, em respeito ao paradigma federal de separação de poderes, não podem as Constituições dos Estados prever a convocação de Governadores ou Presidentes de Tribunais de Justiça pelas Assembleias Legislativas. Nesse sentido se consolidou a jurisprudência pacífica do STF: "Dispositivo da Constituição do Estado da Bahia que prevê a convocação, pela Assembleia Legislativa, do Governador do Estado, para prestar pessoalmente informações sobre assunto determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. *Fumus boni iuris* que se demonstra com a afronta ao princípio de separação e harmonia dos poderes, consagrado na Constituição Federal. *Periculum in mora* evidenciado no justo receio do conflito entre poderes, em face de injunções políticas. Medida cautelar concedida." (ADI 111-MC, Rel. Min. Carlos Madeira, julgamento em 25-10-89, DJ de 24-11-89). Conferir também: "Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'Presidente do Tribunal de Justiça', inserta no § 2º e no *caput* do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo." (ADI 2.911, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 10-8-06, DJ de 2-2-07).

2.5. As atribuições da Câmara dos Deputados (art. 51)

Além de sua normal atividade legislativa, a Câmara dos Deputados dispõe de competência *privativa* para (I) autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente³⁹ e o Vice-Presidente da

39. O STF firmou seu entendimento pela *extensão* dessa prerrogativa às Assembleias Legislativas dos Estados relativamente aos crimes cometidos pelos Governadores. Vide acórdão: "A jurisprudência

República e os Ministros de Estado⁴⁰; (II) proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; (III) elaborar seu regimento interno; (IV) dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; e (V) eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

2.6. As atribuições do Senado Federal (art. 52)

O Senado Federal também goza de importantes competências políticas privativas, afora as suas atividades legislativas. Assim, ao Senado cumpre: (I) *processar e julgar* o Presidente e o Vice-Presidente da República nos *crimes de responsabilidade* (isto é, *impeachment*) bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos⁴¹ com aqueles; (II) *processar e julgar* os Ministros

firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-Membro, compreendidas, na locução constitucional 'crimes comuns', todas as infrações penais (RTJ 33/590 – RTJ 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ 63/1 – RTJ 148/689 – RTJ 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravençional (RTJ 91/423). Essa orientação – que submete, à Assembleia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado – funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira 'destituição indireta de suas funções', com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige." (HC 80.511, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-8-01, DJ de 14-9-01). **Todavia, no julgamento do HC 102732/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, tendo como paciente o então Governador do DF José Roberto Arruda, decidiu o STF que "A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito".**

40. A competência da Câmara dos Deputados para autorizar a instauração de processo contra os Ministros de Estado somente ocorre quando os Ministros de Estado cometem crimes de responsabilidade *conexos* com infrações da mesma natureza do Presidente da República. Caso contrário, quando os crimes de responsabilidade cometidos pelos Ministros de Estado forem autônomos, isto é, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, não se aplica o disposto no art. 51, I, que trata da competência da Câmara (Vide: STF, Pet 1.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-9-02, DJ de 1º-8-03).

41. Vide decisão do STF: "O processo de *impeachment* dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União *nos crimes de responsabilidade* (isto é, *impeachment*); (III) *aprovar previamente*, por voto secreto, *após arguição pública*, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar⁴²; (IV) aprovar previamente, por voto secreto, *após arguição em sessão secreta*, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; (V) *autorizar operações externas de natureza financeira*, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (VI) fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (VII) dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; (VIII) dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; (IX) estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (X) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (XI) aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; (XII) elaborar seu regimento interno; (XIII) - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (XIV) eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; e (XV) avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Inaplicabilidade do disposto nos artigos 51, I e 52, I da Carta de 1988 e 14 da Lei 1.079/50, dado que é prescindível autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração." (Pet 1.656, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-9-02, DJ de 1º-8-03).

42. "À vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, f da Constituição Federal, consolidou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade de normas locais que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação da Assembléia Legislativa." (ADI 2.225-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-6-00, DJ de 29-9-00). No mesmo sentido: ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-11-99, DJ de 25-11-05.

Nos casos previstos nos incisos I e II do art. 52, relativamente ao processo político visando o *impeachment* das autoridades neles mencionadas, funcionará como Presidente do Senado Federal, que se converte em verdadeira Corte política, o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos⁴³, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

2.7. Quórum para deliberações (art. 47)

Em conformidade com o art. 47 da Constituição, *salvo disposição constitucional em contrário*, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por *maioria dos votos*, presente a maioria absoluta de seus membros.

Assim, a *regra* para a deliberação das casas legislativas e de suas comissões é a *maioria simples ou relativa*, que *varia* em consonância com a presença dos membros da casa legislativa. A única exigência da Constituição é que estejam presentes pelo menos a maioria absoluta, sob pena de não haver *quórum* para deliberar. Vejamos um exemplo. O Senado compõe-se hoje de 81 senadores. A *presença mínima* exigida para haver a deliberação no Senado é a maioria absoluta, que corresponde a 41 senadores, ou seja, o primeiro número inteiro acima da metade. Bom, supondo-se que estejam presentes os 41, a maioria simples será de 21 senadores, isto é, o primeiro número inteiro acima da metade dos presentes; se estiverem presentes 50,

43. Conferir, STF: "A Lei n. 1.079/50 estabelece as penas impostas aos condenados pela prática dos crimes que define: 'Art. 2º - Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministro de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República (sic)'. 'Art. 78 - O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado senão a perda do cargo, com inabilitação até cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum'. E a Constituição de 1988, ao tratar dos crimes de responsabilidade dispõe: 'Art. 52. (...) Para as autoridades que relaciona, a Constituição elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos, podendo-se afirmar que, nesse ponto, o artigo 2º da Lei n. 1.079/50 não foi por ela recebido. Já em relação às autoridades estaduais, a Constituição foi omissa. Aí surge a indagação: o prazo constitucional se aplica, por analogia - ou até por simetria - a essas autoridades? A Constituição não cuidando da questão no que se refere às autoridades estaduais, o preceito veiculado pelo artigo 78 da Lei n. 1.079 permanece hígido - o prazo de inabilitação não foi alterado. Conclusão diversa violaria o disposto no artigo 5º, inciso XXXIX. Se a Lei n. 1.079/50 não sofreu alteração ou revogação, o Estado-membro não detém competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos, nos termos do disposto no artigo 22, inciso I, e no parágrafo único do artigo 85 da CB/88, que trata de matéria cuja competência para legislar é da União." (ADI 1.628, voto do Min. Eros Grau, julgamento em 10-8-06, DJ de 24-11-06).

a maioria simples já sobe um pouco, pois será de 26 senadores, e assim sucessivamente.

O *quórum* de exceção, que só se aplica quando houver disposição constitucional expressa, pode envolver os quóruns de *maioria absoluta* (exigida, por exemplo, para a aprovação de leis complementares), *maioria de 3/5* (exigida apenas para a aprovação de Emenda Constitucional) e *maioria de 2/3* (exigida para, por exemplo, a Câmara dos Deputados admitir a acusação contra o Presidente da República ou para o Senado condenar o Presidente da República por crime de responsabilidade). São maiorias qualificadas.

2.8. O Processo Legislativo

2.8.1. Conceito e objeto. As espécies de atos legislativos

A atividade legislativa do Estado desenvolve-se por meio da elaboração de espécies normativas, que dependem de processo legislativo.

Entende-se por processo legislativo o instrumento por meio do qual o Estado cria o Direito, elaborando normas jurídicas. Sob outro ângulo, pode-se afirmar que o processo legislativo corresponde a um conjunto de atos, interdependentes e contínuos, preordenados à feitura das espécies normativas.

Tem por *objeto* a elaboração das seguintes espécies normativas: a) emendas constitucionais; b) leis complementares; c) leis ordinárias; d) leis delegadas; e) medidas provisórias; f) decretos legislativos, e g) resoluções.

a) Emendas constitucionais

As emendas constitucionais são espécies normativas que resultam do exercício, pelo Congresso Nacional, do Poder Constituinte Derivado Reformador. Têm por finalidade a modificação formal da Constituição, desde que atendidas determinadas condições-limites (são as limitações circunstanciais, materiais e formais). Por isso mesmo, veiculam normas constitucionais e gozam de supremacia ante as demais normas do sistema.

Submetem-se a rígido processo legislativo, traçado no art. 60 da Constituição, donde se percebe que, para além dos necessários dois turnos de discussão e votação em cada casa do Congresso, é exigido um *quórum* especialíssimo, consistente em *três quintos* para a sua aprovação. Aprovadas, as emendas constitucionais são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Não há a sanção do Presidente da República.

b) Leis complementares

São espécies normativas que se submetem a processo legislativo menos rigoroso do que aquele previsto para as emendas constitucionais. Não obstante isso, a Constituição exige *quórum* especial para a sua aprovação, consistente na *maioria absoluta* dos membros das casas legislativas (CF, art. 69).

Elas estão subordinadas à Constituição. Têm um âmbito material delimitado constitucionalmente, uma vez que a Carta Magna a elas reservou certas matérias importantes, como as normas gerais de direito tributário, o sistema financeiro nacional, as finanças públicas, o Estatuto da Magistratura, etc.

Não são superiores às leis ordinárias, uma vez que inexiste hierarquia entre elas. Discordamos, nesse ponto, do entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁴. Pensamos que, com Michel Temer⁴⁵, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴⁶ e Celso Ribeiro Bastos⁴⁷, se as leis complementares e ordinárias têm idêntica fonte de fundamento, não tem sentido a afirmação de que se encontram dispostas em escalões normativos diferentes⁴⁸. O que não pode ocorrer é a lei ordinária dispor de matéria que a Constituição reservou à lei complementar, não porque a lei complementar lhe seja superior, mas sim pelo fato de a Constituição, que é superior a ambas, haver excluído, com a reserva material, a incidência da lei ordinária.

c) Leis ordinárias

É a espécie normativa regra. Seu processo legislativo é o comum, exigindo-se, para sua aprovação, tão-somente o *quórum* simples de maioria relativa (CF, art. 47).

Assim, pode dispor sobre todas as matérias não reservadas à lei complementar.

44. FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 243. Para o citado jurista, a "lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas)".

45. *Elementos de Direito Constitucional*.

46. Op. cit., p. 303.

47. *Curso de Direito Constitucional*.

48. Nesse sentido vem decidindo o STF: "Contribuição social (CF, art. 195, I): legitimidade da revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela Lei Complementar 70/91, dado que essa lei, formalmente complementar, é, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída, materialmente ordinária; ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente: ADC 1, Moreira Alves, RTJ 156/721." (RE 457.884-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-2-06, DJ de 17-3-06). No mesmo sentido: RE 419.629, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23-5-06, DJ de 30-6-06.

d) *Leis delegadas*

Cuida-se de ato normativo elaborado e editado exclusivamente pelo Presidente da República, em face de autorização concedida pelo Congresso Nacional e nos limites por este impostos.

É ato normativo primário que extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Todavia, a Constituição veda a disciplina das leis delegada sobre certas matérias. Assim, não serão objeto de lei delegada os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais e os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A autorização do Congresso para o Presidente da República elaborar lei delegada terá a forma de *Resolução*, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

Por outro lado, pode a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional. Entretanto, se isso ocorrer, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

e) *Medidas provisórias*

As medidas provisórias são criação da Constituição Federal de 1988 e consistem em atos, com força de lei, editados pelo Presidente da República, em casos de **relevância** e **urgência**, que deve submetê-los de imediato ao Congresso Nacional.

Tiveram por fonte inspiradora a Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947, que prevê o *provvedimenti provvisori con forza di legge*, que o Governo pode adotar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, com apresentação às Câmaras, para sua conversão em lei em até sessenta dias⁴⁹. Criadas em substituição aos decretos-leis, elas nada mais são do que atos administrativos, de caráter normativo, editados exclusivamente pelo Presidente da República, em casos de relevância e urgência. Assim, não obstante tenham força de lei, com esta não se confundem, pois não provêm do Poder competente para legislar. Não

49. "Art. 77. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni."

são equivalentes de leis parlamentares, nem são leis expedidas pelo Executivo. Muito pelo contrário, a medida provisória é apenas uma medida administrativa de natureza normativa⁵⁰.

Não obstante previstas pela Constituição Federal como atos de competência do Presidente da República, as medidas provisórias, segundo jurisprudência do STF, podem ser editadas pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desde que previstas nas respectivas Constituições locais e obedecidas as condições formais e materiais estabelecidas na Constituição Federal⁵¹.

As medidas provisórias só podem ser expedidas quando, à relevância da matéria, se somar a urgência. Eis aí os requisitos constitucionais justificadores da adoção das medidas provisórias: relevância e urgência. Inicialmente, é de se indagar: e o que se entende por urgência? Só há urgência, afirma Roque Carrazza⁵², "*quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária*". E qual seria este tempo hábil? Decerto, aquele previsto na Constituição como o menor espaço de tempo possível para que uma lei ordinária seja aprovada, isto é, cem dias. Efetivamente, a Constituição Federal, nos §§ 1º a 3º do seu art. 64⁵³, estabelece um procedimento legislativo sumário, de urgência, com prazo máximo de cem dias, quando o Presidente da República solicitar urgência nos projetos de lei de sua iniciativa. Assim, se é possível uma lei ordinária ser editada num prazo máximo de cem dias, a conclusão inelutável que se tem é que a medida provisória só pode ser expedida para dispor sobre matéria que não possa, *sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação*, ser disciplinada dentro deste prazo. Noutros termos, só há urgência, a ensejar a expedição de medidas provisórias, se não se puder esperar os cem dias para que uma lei seja aprovada,

50. Friedrich Müller, 'As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs'. In: Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 347.

51. ADI 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-2006, Plenário, DJ de 16-3-2007.

52. Op. cit., p. 241.

53. "§ 1º – O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa".

"§ 2º – Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação".

"§ 3º – A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior".

disciplinando a matéria. Para esse sentido se dirigem as observações de Friedrich Müller⁵⁴, quando afirma que

"Se o art. 62 faz da 'relevância' a condição da admissibilidade, isso se pode referir apenas a casos de significado extraordinário; casos graves no sentido de que a postergação ulterior oneraria a sociedade com riscos incommuns. Essa interpretação é confirmada pela própria Constituição: pelo fato de que o art. 62 menciona adicionalmente o pré-requisito da urgência. De outra forma adviriam danos consideráveis por mora. A própria Constituição confirma isso por uma regulamentação explícita adicional: o caso de uma medida admissível segundo o art. 62 deve ser tão relevante e sobretudo urgente que os prazos do art. 64, §§ 1º a 4º, não são suficientes; quer dizer, os prazos que já visam a um tratamento urgente no momento em que uma iniciativa legiferante do Poder Executivo é encaminhada ao Congresso Nacional."

Além da urgência, perfeita e objetivamente verificável à vista do texto constitucional, exige a Constituição que a matéria a ser regulada nas medidas provisórias seja relevante. E o que é relevante? Algo que, sem dúvida, seja importante para a Nação. Dispor, por exemplo, por medida provisória, que o cargo de Advogado Geral da União – por mais ilustre que seja este cargo – tem *status* de cargo de Ministro de Estado, é um desmedido despautério. Onde, pois, a importância para a Nação? A relevância, de conseguinte, deve ser apreciada e valorada em face dos interesses do povo, e não em face do interesse do Presidente da República ou de quem quer que seja.

Assim, defendemos o controle judicial dos mencionados requisitos, de modo que, constatando a inexistência de um deles, ou de ambos se for o caso, pode o Judiciário declarar – seja em sede incidental, seja em sede concentrada de controle de constitucionalidade – a inconstitucionalidade da medida provisória.

A doutrina sempre entendeu que os pressupostos legitimadores da medida provisória se sujeitavam ao controle judicial, por aceitar que a Constituição não conferiu um "cheque em branco" ao Presidente da República, mas, sim, um instrumento necessário para a governabilidade, que deve ser manejado com prudência e parcimônia e nos estreitos limites autorizados pelo constituinte. O Supremo Tribunal Federal, atualmente, acolhe essa doutrina, para admitir, embora de forma excepcional, o controle judicial dos pressupostos de *urgência e relevância*⁵⁵.

54. Op. cit., p. 339.

55. Conforme entendimento consolidado do STF, "os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de 'relevância' e 'urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de

Tendo em vista que as medidas provisórias possuem força de lei e eficácia imediata a partir de sua publicação, elas não podem ser 'retiradas' pelo Presidente da República à apreciação do Congresso Nacional⁵⁶.

A EC nº 32/2001 trouxe importantes inovações a esta espécie normativa. Com efeito, foram fixados certos limites materiais à medida provisória, de modo que é vedada a sua edição sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, a direito penal, processual penal e processual civil, a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, a que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, a reservada a lei complementar, e a matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

O prazo de vigência passou para sessenta dias, prorrogável por mais sessenta dias. Foi expressamente previsto que se o projeto de lei de conversão for aprovado com alteração do texto original da medida provisória, esta será mantida integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Ainda segundo o art. 62, as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos seus §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, contados de sua publicação (suspensando-se este prazo durante os períodos de recesso do Congresso Nacional), prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por *decreto legislativo*, as relações jurídicas delas decorrentes.

A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. Porém, caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do

23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997." (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007).

56. STF, ADI 2.984-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-9-2003, Plenário, DJ de 14-5-2004.

Congresso Nacional. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. A propósito disto, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática proferida no MS 27931 impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, entendeu como legítima a interpretação dada pelo Presidente daquela Casa, sobre as deliberações legislativas que ficam sobrestadas pelo não cumprimento do prazo de votação da medida provisória. Para o Presidente da Câmara dos Deputados, somente as matérias que podem ser veiculadas por medida provisória ficam sobrestadas, enquanto as demais, por estarem excluídas do objeto da MP, devem ter a sua tramitação assegurada. Conferir, abaixo, parte da decisão:

"(...)A construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois - reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medidas provisórias (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1º, da Constituição, na redação dada pela EC nº 32/2001) - preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará - na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) - a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a que se refere o § 6º do art. 62 da Constituição, considerada, quanto a essa obstrução ritual, a interpretação que lhe deu o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo de ulterior reexame da controvérsia em questão, indefiro o pedido de medida cautelar. (...)" (MS 27931, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 27/03/2009)

Não editado o decreto legislativo pelo Congresso Nacional para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória até sessenta dias após a sua rejeição ou perda de eficácia, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Finalmente, a Constituição vedou a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

f) Decretos legislativos

São espécies legislativas por meio das quais se expressa o Congresso Nacional no desempenho de sua competência exclusiva prevista no art. 49 da Constituição.

Quer dizer, destinam-se a regular matérias de competência exclusiva do Congresso. Independem de sanção e via de regra são atos de efeitos externos.

g) Resoluções

São espécies normativas por meio das quais se manifestam as casas do Congresso Nacional no exercício de suas atribuições previstas nos art. 51 (Câmara dos Deputados) e 52 (Senado Federal) da Constituição.

Também não dependem de sanção e via de regra são atos de efeitos internos.

A Constituição não dispôs sobre o processo legislativo dos Decretos legislativos e das Resoluções legislativas, ficando isso a cargo dos Regimentos Internos.

2.8.2. Atos do processo legislativo

O processo legislativo compreende um conjunto de atos emanados do Poder legislativo e do Poder executivo. São atos do processo legislativo: a iniciativa legislativa, as emendas parlamentares, a deliberação, a sanção, o veto, a promulgação e a publicação.

2.8.2.1. Iniciativa legislativa

É o ato inaugural do processo legislativo. Visa desencadeá-lo. Segundo a doutrina, não é propriamente ato do processo legislativo⁵⁷, tendo em vista que se destina tão-somente a deflagrá-lo. Em suma, a iniciativa legislativa é a capacidade atribuída pela Constituição a alguém ou a algum órgão para propor projetos de Emendas constitucionais ou de Leis ao Poder Legislativo

57. FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, p. 206. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 524. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p. 294.

competente. Na conformidade da Carta Magna, a iniciativa para a elaboração de Emendas à Constituição pertence a um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou um terço dos membros do Senado ou ao Presidente da República ou a mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados-membros e do Distrito Federal. Já a iniciativa para a elaboração das Leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Deputado ou Senador ou a Comissões Parlamentares da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e ao povo.

A iniciativa, por outro lado, pode ser *concorrente* ou *geral* (CF, art. 60, I, II, III; art. 61, caput e § 2º) e *reservada* ou *exclusiva* (CF, art. 61, § 1º; art. 93 e art. 96).

A iniciativa *concorrente* ou *geral* compete a qualquer membro ou órgão do Poder Legislativo, ao Presidente da República e ao povo. Quanto à iniciativa popular, a Constituição Federal exige que o projeto de Lei seja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (CF, art. 61, § 2º).

Como exceção à regra da iniciativa geral, a Constituição reservou determinados assuntos à esfera de disponibilidade de certas autoridades e órgãos. Assim, cabe *privativamente* ao Presidente da República a iniciativa de projetos de Leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas ou que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios, os servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI, os militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (CF, art. 61, § 1º). Cabe ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa do projeto de Lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura (CF, art. 93), bem como cabe a ele e aos Tribunais a iniciativa relativa à criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, fixação dos respectivos vencimentos, alteração do número dos membros dos tribunais inferiores, etc (CF, art. 96). E cabe

também ao Procurador-Geral da República, só que concorrendo com o Presidente da República, a iniciativa para a propor a Lei Orgânica do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º).

Cumpra sublinhar que as regras do processo legislativo, em especial as concernentes à iniciativa legislativa, por *força da simetria, são de observância obrigatória* para os Estados, Distrito Federal e Municípios⁵⁸.

A violação à reserva de iniciativa revela conduta inconstitucional que não pode sequer ser convalidada com a sanção do chefe do executivo se a iniciativa invadida era dele⁵⁹.

Há, ademais, a iniciativa legislativa chamada *vinculada*, que consiste naquela em que a "apresentação do projeto de lei sobre determinada questão é exigida pela Constituição, em data ou em prazo certo"⁶⁰. Exemplo dessa

58. Nesse sentido, STF, ADI 2.029, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-6-07, Informativo 470: "Por entender usurpada a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar projeto de lei que disponha sobre servidores públicos, seu regime jurídico e aumento de sua remuneração (CF, art. 61, § 1º, II, a e c), de observância obrigatória pelos Estados-membros, em face do princípio da simetria, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual 178/99, de iniciativa parlamentar, que modificou a estrutura organizacional do quadro de pessoal da Secretaria de Segurança Pública estadual. Precedentes citados: ADI 3.051/MG (DJ de 28-10-2005); ADI 2.705/DF (DJ de 30-10-2003); ADI 2.742/ES (DJ de 25-3-2003); ADI 2.619/RS (DJ de 5-5-2006); ADI 1.124/RN (DJ de 8-4-2005); ADI 2.988/DF (DJ de 26-3-2004); ADI 2.050/RO (DJ de 2-4-2004); ADI 1.353/RN (DJ de 16-5-2003)." Grifos nossos. Ver também: "O § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas a e c do inciso II do art. 61). Insistindo nessa linha de opção política, a mesma Lei Maior de 1988 habilitou os presidentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça a propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, tudo nos termos da alínea b do inciso II do artigo 96. A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste (CF, ADI 250, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 843, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 227, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 665, Rel. Sydney Sanches, entre outras)." (ADI 3.061, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 5-4-06, DJ de 9-6-06). No mesmo sentido: ADI 645, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 11-11-96, DJ de 13-12-96; ADI 1.470, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 14-12-05, DJ de 10-3-06.

59. Nesse sentido, vide STF, ADI 2.867, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-12-03, DJ de 9-2-07: "A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula n. 5/STF. Doutrina. Precedentes." No mesmo sentido: ADI 1.963-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 18-3-99, DJ de 7-5-99; ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-11-94, DJ de 15-9-95.

60. FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves, op. cit., p. 208.

iniciativa dão-nos Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, quando apontam o projeto de lei orçamentária, “que, a teor do que dispõe o art. 35, § 2º, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve ser enviado ao Congresso Nacional até quatro meses antes do final do exercício financeiro”⁶¹.

Por exigência constitucional, quando a iniciativa competir ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e ao povo, o projeto deve ser apresentado na Câmara dos Deputados. A iniciativa de cada parlamentar, por sua vez, é exercida perante sua própria casa, como é lógico. Nada dispõe a Constituição, neste particular, quanto à iniciativa do Procurador-Geral da República. Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶² entende que, por analogia, deve ser perante a Câmara popular.

De observar-se que a Câmara dos Deputados foi excessivamente prestigiada pela Constituição Federal, uma vez que, de regra, funcionará como a casa iniciadora do processo legislativo, ou seja, como a casa de deliberação, cabendo ao Senado a tarefa tão só de revisão. Nesse sentido, colhe-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “as Câmaras no processo legislativo brasileiro não estão em pé de igualdade. A vontade da que primeiro apreciou o projeto prevalece, na medida em que se impõe até contra as emendas feitas pela outra, a revisora. Ora, isso, na prática, repercute uma certa inferiorização do Senado, que é necessariamente a Câmara revisora em todos os projetos de iniciativa presidencial, hoje a maioria e os mais importantes”⁶³.

2.8.2.2. Emendas parlamentares

Constituem propostas parlamentares apresentadas como acessórias de outras proposições constantes de um projeto de lei. São – na dicção autorizada de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁴ – propostas de modificação de proposta de direito novo, correspondendo, pois, a uma iniciativa acessória ou secundária. O direito de propor emendas pertence aos parlamentares e consiste, insista-se, na faculdade de sugerirem modificações na matéria contida no projeto de lei.

As emendas parlamentares podem ser *supressivas*, *aglutinativas*, *substitutivas*, *modificativas* ou *aditivas*.

61. Op. cit., p. 295.

62. Op. cit., p. 208.

63. Op. cit., p. 212.

64. Op. cit., p. 209.

A emenda supressiva é a que manda erradicar qualquer parte de outra proposição.

A emenda aglutinativa é a que resulta da fusão de outras emendas, ou destas com o texto, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos.

A emenda substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se “substitutivo” quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa.

A emenda modificativa é a que altera a proposição sem a modificar substancialmente.

A emenda aditiva é a que se acrescenta a outra proposição.

Denomina-se subemenda a emenda apresentada em Comissão a outra emenda e que pode ser, por sua vez, supressiva, substitutiva ou aditiva, desde que não incida, a supressiva, sobre emenda com a mesma finalidade.

Por fim, denomina-se emenda de redação a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.

O poder de emendar é a regra. Contudo, até mesmo para confirmar essa regra, a Constituição fixou uma exceção no art. 63, *vedando a emenda que aumente despesas* nos projetos de iniciativa reservada do Presidente da República (exceto em matéria orçamentária) e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

Mas chame-se a atenção para o fato de que a Constituição *não proibiu* emenda parlamentar sobre projetos de iniciativa exclusiva ou reservada do chefe do Poder executivo. Apenas vedou a emenda que *cause aumento* de despesa em projeto de iniciativa exclusiva do chefe do executivo (federal, estadual ou municipal)⁶⁵.

65. Nesse sentido, ver STF: “A atuação dos membros da Assembléia Legislativa dos Estados acha-se submetida, no processo de formação das leis, à limitação imposta pelo art. 63, I, da Constituição, que veda – ressalvadas as proposições de natureza orçamentária – o oferecimento de emendas parlamentares de que resulte o aumento da despesa prevista nos projetos sujeitos ao exclusivo poder de iniciativa do Governador do Estado. O exercício do poder de emenda, pelos membros do parlamento, qualifica-se como prerrogativa inerente à função legislativa do estado. O poder de emendar – que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis – qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares, que se sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em *numerus clausus*, pela Constituição Federal. A Constituição Federal de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, no regime constitucional anterior, sobre o poder de emenda

2.8.2.3. Votação

O ato de votação ou deliberação é *ato decisório*, por meio do qual se aprova ou não o projeto apreciado. Evidentemente, como toda deliberação, esse ato é precedido de discussão e estudos, seja perante as comissões parlamentares técnicas, seja perante o plenário de cada casa legislativa. A votação da matéria legislativa é informada pelo princípio da *colegialidade*, uma vez que é ato necessariamente coletivo das casas do Congresso. Por isso mesmo, não se harmoniza com a Constituição o chamado *voto de liderança*⁶⁶, normalmente previsto nos Regimentos Internos das casas legislativas. Porém, a Constituição permite às Comissões Parlamentares, em razão da matéria de sua competência, discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa (art. 58, § 2º, I).

A deliberação ou votação é um ato complexo, pois é “fruto da integração da aprovação de cada uma das casas do Congresso de per si”⁶⁷. Vale dizer, é necessário que ambas as casas legislativas deliberem. Só haverá aprovação, se a deliberação das casas coincidir em acolher o projeto.

O ato de votação é tomado por um *quórum* determinado. Se se tratar de Lei ordinária, a votação se dá pelo *quórum* de maioria simples ou relativa (que consiste na maioria dos parlamentares presentes, encontrando-se

reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção regalista de Estado (RTJ 32/143 – RTJ 33/107 – RTJ 34/6 – RTJ 40/348), que suprimiria, caso prevalecesse, o poder de emenda dos membros do Legislativo. Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa. Doutrina. Precedentes.” (ADI 973-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-12-93, DJ de 19-12-06). No mesmo sentido: “Processo legislativo. Iniciativa privativa do poder executivo. Emenda pelo Poder Legislativo. Aumento de despesa. Norma municipal que confere aos servidores inativos o recebimento de proventos integrais correspondente ao vencimento de seu cargo. Lei posterior que condiciona o recebimento deste benefício, pelos ocupantes de cargo em comissão, ao exercício do serviço público por, no mínimo, 12 anos. Norma que rege o regime jurídico de servidor público. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Alegação de inconstitucionalidade desta regra, ante a emenda da Câmara de Vereadores, que reduziu o tempo mínimo de exercício de 15 para 12 anos. Entendimento consolidado desta Corte no sentido de ser permitido a Parlamentares apresentar emendas a projeto de iniciativa privativa do Executivo, desde que não causem aumento de despesas (art. 61, § 1º, a e c combinado com o art. 63, I, todos da CF/88). Inaplicabilidade ao caso concreto.” (RE 274.383, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22/04/05).

66. Entende-se por *voto de liderança* aquele que permite aos líderes partidários votar em nome e em substituição aos membros do Congresso Nacional.

67. GONÇALVES, Manoel ..., op. cit., p. 210.

presentes, necessariamente, a maioria absoluta). Se Lei complementar, pelo *quórum* de maioria absoluta, e se Emenda constitucional, pelo *quórum* de três quintos.

As Casas do Congresso Nacional deliberam, em regra, *separadamente*. Por essa razão, dispõe a Constituição que a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados (art. 64). E que, o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar (art. 65).

Todavia, prevê a Constituição situações nas quais as Casas do Congresso deliberam em *sessão conjunta*. Com efeito, dispõe a Carta Magna que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em *sessão conjunta* para inaugurar a sessão legislativa; elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas; receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República; e conhecer do veto e sobre ele deliberar (§ 3º do art. 57).

Não se pode confundir *sessão conjunta* com *sessão unicameral*. Na sessão conjunta, apesar de as Casas legislativas discutirem juntas, os votos são apurados em cada Casa, simultaneamente (Exemplo: para rejeitar o veto do Presidente da República [§ 4º do art. 66], é necessário o quórum de maioria absoluta dos membros Câmara [513] = 257 deputados, e maioria absoluta dos membros do Senado [81] = 41 senadores). Já na sessão unicameral, os votos das Casas legislativas são apurados juntamente, como se fossem uma única Casa (Exemplo: para a aprovação da revisão constitucional [art. 3º, ADCT], bastou a maioria absoluta dos 594 Congressistas [soma dos 513 deputados mais 81 senadores], que corresponde a 298 congressistas).

2.8.2.4. Sanção e veto

Sanção é ato de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo que manifesta, expressa ou tacitamente, a sua concordância com o projeto de lei já aprovado pelo Congresso. É a sanção que transforma o *projeto de lei* em *Lei*, embora ainda pendente de promulgação e publicação para ter existência e ingressar no mundo jurídico. Pode ser *expressa* ou *tácita*. A expressa ocorre com a assinatura do projeto; a tácita com o silêncio que ultrapassa os 15 dias úteis, contados do recebimento do projeto (CF, 66, *caput* e § 3º).

Veto é a discordância expressa do Executivo com o projeto, por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. O veto, portanto, deve

vir fundamentado, sob pena de não ter validade. O veto pode ser total, se recair sobre todo o projeto, ou parcial, se atingir apenas parte do projeto. Mas o veto parcial somente pode abranger o texto integral de artigo, parágrafo ou alínea (66, § 2º), não havendo mais o veto que incida sobre palavras ou grupo de palavras.

O Presidente da República tem o prazo de *quinze dias úteis* para expressar sua não concordância com o projeto, sob pena de, não o fazendo, isso implicar em sanção tácita.

Caso resolva vetar o projeto, o Presidente deverá expor as suas razões, encaminhando-as, em 48 horas, ao Presidente do Senado Federal. O veto será apreciado pelo Congresso Nacional em *sessão conjunta*, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. Esgotado sem deliberação o prazo para apreciação do veto, este será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. Se o veto não for mantido (isto é, se for rejeitado), será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. Se a Lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, seja na hipótese de sanção tácita, seja na hipótese de veto rejeitado, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

2.8.2.5. Promulgação e publicação

A promulgação é a declaração oficial de que a Lei existe, é autêntica e está pronta para ser executada. É a comunicação que se faz aos destinatários da Lei de que esta foi criada com determinado conteúdo e pelo procedimento constitucionalmente previsto, sendo, portanto, válida. A promulgação não faz a Lei, mas os efeitos desta só se produzem após aquela. É obrigatória e cabe ao Presidente da República, mesmo nas Leis decorrentes de veto rejeitado (66, § 5º). Se ele não o fizer em 48 horas, cabe ao presidente do Senado (66, § 7º).

Publicar algo é torná-lo conhecido do público. Sendo assim, a publicação da Lei constitui o meio em face do qual se transmite a Lei promulgada aos seus destinatários. É ato de comunicação oficial. É condição para a Lei entrar em vigor e tornar-se eficaz. Realiza-se pela inserção no Diário Oficial. Mas a publicação não enseja necessariamente a vigência (obrigatoriedade) da Lei. Isto porque, salvo disposição contrária, a Lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada (LINDB,

art. 1º). E nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da Lei brasileira, quando admitida, se inicia 03 (três) meses depois de oficialmente publicada (LINDB, art. 1º, § 1º).

2.9. Procedimentos legislativos

O processo legislativo pode envolver, basicamente, três procedimentos. Entende-se por procedimento o rito ou a forma de tramitação das propostas legislativas. A Constituição contempla: 1) o procedimento ordinário; 2) o procedimento sumário; e 3) os procedimentos especiais.

2.9.1. Procedimento legislativo ordinário

É o procedimento aplicável para a elaboração das leis ordinárias. É mais amplo, não se submete a prazos e compreende as seguintes fases: a) *apresentação do projeto*, que, em regra, ocorrerá perante a Câmara dos Deputados, como examinado acima; b) *exame do projeto pelas comissões permanentes*, que emitirão pareceres a respeito; c) *deliberação ou votação*; e d) *revisão* na casa legislativa revisora, que, em regra, será o Senado, onde se repetirão todas as fases anteriores.

O projeto de lei aprovado por uma casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado diretamente à sanção se a casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Todavia, sendo o projeto emendado, voltará à casa iniciadora para se manifestar sobre as emendas.

Enfim, a casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

Em conformidade com o art. 67, a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

2.9.2. Procedimento legislativo sumário

Ocorre quando o Presidente da República *solicitar urgência* para apreciação de projetos de sua iniciativa. Nesse caso, o procedimento submete-se a prazo que não poderá ser superior a cem dias. Isso porque, cada casa do Congresso Nacional disporá de até 45 dias para deliberar sobre o projeto. Se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem nesse prazo, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, também sob pena de trancamento de pauta.

Não se aplica este procedimento aos projetos de código, nem os prazos nele previstos correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional.

2.9.3. Procedimentos legislativos especiais

São procedimentos específicos previstos para a elaboração de determinadas espécies normativas. Submete-se a procedimentos especiais a elaboração de emendas constitucionais; de leis complementares; de leis financeiras (lei do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei do orçamento anual); a conversão das medidas provisórias em leis e a elaboração de leis delegadas.

2.10. Dos Deputados e dos Senadores

A Constituição dispõe de um conjunto de normas atinentes aos deputados e senadores, quer relativamente às suas prerrogativas, quer tocantemente às suas incompatibilidades e perda do mandato.

Trata, assim, de um verdadeiro *Estatuto dos Congressistas*, que representa o próprio regime jurídico dos parlamentares. Essas normas aplicam-se aos deputados estaduais e distritais, por força do § 1º do art. 27.

2.10.1. Prerrogativas

Destinam-se a assegurar a autonomia e independência *funcional* dos parlamentares. Compreendem as imunidades, o privilégio de foro por prerrogativa da função, isenção do serviço militar e a manutenção das prerrogativas mesmo durante os Estados de Exceção.

2.10.1.1. As imunidades

Relativamente às imunidades parlamentares, a doutrina aponta dois tipos: a *imunidade material* e a *imunidade formal*.

2.10.1.1.1. Material (inviolabilidade)

O *caput* do art. 53 trata da *imunidade material*, que consiste na *inviolabilidade*, civil e penal, dos deputados e senadores por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Na definição de Carlos Maximiliano, "é a prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violência por parte dos outros poderes constitucionais"⁶⁸.

A imunidade material tem o condão de *elidir a criminalidade do fato* ou, pelo menos, a responsabilidade do agente. Pressupõe o exercício do mandato parlamentar e só alcança as manifestações dos parlamentares que guardarem nexos com o desempenho das funções, independentemente do local de suas manifestações.

Assim, a imunidade material, conquanto se apresente como uma importante garantia constitucional parlamentar destinada a viabilizar o exercício independente do mandato representativo, *não é absoluta*, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Isto é, somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*)⁶⁹.

68. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1954, V. 2, p. 44-45.

69. Nesse sentido, ver: "A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. A prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, *caput*), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro. Doutrina. Precedentes. A situação registrada nos presentes autos indica que a data da suposta prática delituitosa ocorreu em momento no qual o ora denunciado ainda não se encontrava investido na titularidade de mandato legislativo. Conseqüente inaplicabilidade, a ele, da garantia da imunidade parlamentar material." (Inq. 1.024-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-11-02, DJ de 4-3-05). Na mesma direção: "A imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição não é absoluta, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do

Compreende, sob seu manto protetor, as entrevistas jornalísticas, a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, na medida em que estas manifestações, desde que vinculadas ao desempenho do mandato, qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares⁷⁰.

Estende-se aos deputados estaduais e distritais. Porém, quanto aos vereadores, a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos limita-se ao exercício do mandato na circunscrição do Município.

Contudo, como já decidiu o STF, "Não assiste a prerrogativa da imunidade processual ao Deputado estadual, licenciado, à época do fato, para o exercício do cargo de Secretário de Estado (cfr. Inq. 104, RTJ 99/487), mesmo havendo, após, reassumido o desempenho do mandato (cfr. Inq. 105, RTJ 99/487) (HC 78093/AM, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 16-04-1999, p. 06)".

Assim, licenciado do mandato parlamentar para ocupar cargo no Executivo (por exemplo, Ministro ou Secretário de Estado), o deputado ou senador não pode invocar a imunidade parlamentar, estando cancelada a súmula nº 04 da Suprema Corte (STF, Inquérito nº 104, DJ de 08.09.1981, p. 8.605), que dispunha em sentido contrário: "Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado". Todavia, conquanto não esteja sob o manto protetor da imunidade material, uma vez que está afastado de suas funções, o parlamentar licenciado não perde a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal (Inq 777-3-QO/TO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1º-10-1993).

2.10.1.1.2. Formal (quanto à prisão e ao processo penal)

De acordo com a Constituição, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável⁷¹. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vin-

mandato parlamentar. Embora a atividade jornalística exercida pelo querelado não seja incompatível com atividade política, há indícios suficientemente robustos de que as declarações do querelado, além de exorbitarem o limite da simples opinião, foram por ele proferidas na condição exclusiva de jornalista." (Inq 2.134, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-3-06, DJ de 2-2-07).

70. STF, Inq 2.332-Agr, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-2-2011, Plenário, DJE de 1º-3-2011.

71. Todavia, já decidiu o STF que, em casos excepcionais, pode o deputado ser preso por ordem judicial. Conferir: "Prisão decretada em ação penal por Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Deputado estadual. Alegação de incompetência da autoridade coatora e nulidade da prisão em razão de não ter sido observada a imunidade prevista no § 3º do art. 53 c/c parágrafo único do art. 27, § 1º, da Constituição da República. (...) Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que

te e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Essa imunidade formal quanto à prisão do parlamentar estende-se aos deputados estaduais e distritais, menos aos vereadores.

Relativamente ao processo penal, não existe mais a imunidade que condicionava a instauração do processo-crime contra o parlamentar à prévia licença de sua casa legislativa. A EC n. 35/01 extinguiu essa imunidade, mas previu a possibilidade de *sustação*, pela casa legislativa, de processo penal já iniciado contra parlamentar por crime cometido *após a diplomação*. Assim, conforme dispõe o § 3º do art. 53, recebida a denúncia contra o parlamentar, por crime ocorrido *após a diplomação*, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, *sustar o andamento da ação*.

Mas ressalte-se que o STF firmou o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 35/2001, tem *aplicabilidade imediata*, por referir-se a imunidade processual, alcançando as situações em curso. Referida emenda 'suprimiu, para efeito de prosseguimento da *persecutio criminis*, a necessidade de licença parlamentar, distinguindo, ainda, entre delitos ocorridos antes e após a diplomação, para admitir, somente quanto a estes últimos, a possibilidade de suspensão do curso da ação penal⁷².

considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente." (HC 89.417, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-06, DJ de 15-12-06).

72. Nesse sentido, ver: "Constitucional. Imunidade processual. CF, art. 53, § 3º, na redação da EC 35/2001. Deputado estadual. Mandatos sucessivos. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Limitar indeferida. Agravo regimental. O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, firmou o entendimento de que a Emenda Constitucional n. 35, publicada em 21-12-2001, tem aplicabilidade imediata, por referir-se a imunidade processual, apta a alcançar as situações em curso. Referida emenda 'suprimiu, para efeito de prosseguimento da *persecutio criminis*, a necessidade de licença parlamentar, distinguindo, ainda, entre delitos ocorridos antes e após a diplomação, para admitir, somente quanto a estes últimos, a possibilidade de suspensão do curso da ação penal' (Inq. 1.637, Ministro Celso de Mello). Em face desta orientação, carece de plausibilidade jurídica, para o fim de atribuir-se efeito suspensivo a recurso extraordinário, a tese de que a norma inscrita no atual § 3º do art. 53 da Magna Carta se aplica também a crimes ocorridos após a diplomação de mandatos pretéritos." (AC 700-Agr, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 19-4-05, DJ de 7-10-05).

O pedido de sustação será apreciado pela casa legislativa no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa diretora. A sustação do processo, contudo, suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

2.10.1.2. O privilégio de foro por prerrogativa da função

De acordo com o § 1º do art. 53, os Deputados e Senadores, *desde a expedição do diploma*, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Essa *prerrogativa de foro* só alcança os titulares diplomados, não os seus suplentes, ainda que estes sejam diplomados, salvo se os suplentes assumirem o cargo interina ou definitivamente, e enquanto estiverem no cargo, pois se deixarem de exercer o mandato parlamentar, em face do retorno do titular ao cargo, deixam de gozar da prerrogativa⁷³. A prerrogativa de foro, portanto, somente se estende ao suplente apenas durante o período em que este permanecer no efetivo exercício da atividade parlamentar. Isto porque, o retorno do deputado ou do senador titular às funções normais implica a perda, pelo suplente, do direito de ser investigado, processado e julgado no STF⁷⁴.

73. Vide, nesse sentido: "O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto, nos autos de inquérito, contra decisão que determinara a baixa dos autos ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, em razão de o querelado, suplente de Senador, acusado da suposta prática dos delitos previstos nos artigos 20, 21 e 22, todos da Lei 5.250/67, deixar de exercer mandato parlamentar, em face do retorno do titular ao cargo. Na linha da jurisprudência da Corte, considerou-se que, embora juntamente com cada Senador sejam eleitos dois suplentes, a posse no cargo, que constitui ato formal indispensável para o gozo das prerrogativas ligadas à função legislativa, dá-se apenas com relação àquele que efetivamente o exerce, em caráter interino ou permanente. Asseverou-se que os suplentes não têm jus às prerrogativas inerentes ao cargo enquanto o titular estiver em exercício, possuindo, apenas, mera expectativa do direito de substituir, eventualmente, o Senador com o qual foram eleitos. Ressaltou-se, ainda, que a diplomação dos suplentes constitui formalidade anterior e necessária à eventual investidura no cargo, nos termos dos artigos 4º e 5º, do Regimento Interno do Senado Federal, não se podendo, entretanto, depreender disso que a eles seja aplicado, automaticamente, o Estatuto dos Congressistas, ou seja, o conjunto de normas constitucionais que estatui o regime jurídico dos membros do Congresso Nacional, prevendo suas prerrogativas e direitos, seus deveres e incompatibilidades, salvo se assumirem o cargo interina ou definitivamente. Dessa forma, entendeu-se que a atração da competência do Supremo, de natureza intuitu functionae, ocorre, desde a diplomação, unicamente em relação ao titular eleito para exercer o cargo, havendo, por isso, de se fazer uma interpretação restritiva do art. 53, § 1º, da CF, porquanto dirigido apenas a Senadores e Deputados Federais, aos quais o texto confere, excepcionalmente, certas prerrogativas, em prol do exercício livre e desembaraçado do mandato. Por fim, aduziu-se que, se o legislador quisesse estender a referida proteção aos suplentes, teria providenciado a sua inclusão na Constituição Federal ou remetido a sua disciplina a legislação ordinária. Precedente citado: ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006)." (Inq 2.453-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-5-07, Informativo 467).

74. (Inq 2.421-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 14-2-2008, Plenário, DJE de 4-4-2008.) No mesmo sentido: AP 511, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 25-11-2009, DJE de 3-12-2009.

Em face desta prerrogativa, a diplomação do réu como Deputado Federal ou Senador opera o deslocamento, para o Supremo Tribunal Federal, da competência penal para a *persecutio criminis*, devendo ser mantidos os atos processuais, inclusive os de caráter decisório, já praticados, com base no ordenamento positivo vigente à época de sua efetivação, por órgão judiciário até então competente⁷⁵.

Cumpra esclarecer que a prerrogativa de foro consiste no direito de o parlamentar ser processado e julgado perante órgão especial, que em se tratando de parlamentar federal é o STF. Essa prerrogativa não compreende o direito previsto no art. 221 do CPP⁷⁶, que se limita às autoridades que ostentem a condição formal de testemunha ou de vítima. Com efeito, como já decidiu o STF, "aqueles que figuram como indiciados (inquérito policial) ou como réus (processo penal), em procedimentos instaurados ou em curso perante o STF, não dispõem da prerrogativa instituída pelo art. 221 do CPP, eis que essa norma legal somente se aplica às autoridades que ostentem a condição formal de testemunha ou de vítima (...)." (Inq 2.839, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-9-2009, DJE de 17-9-2009.) Vide também: AP 421-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-10-2009, Plenário, DJE de 4-2-2011.

Muito se discutiu se a renúncia do parlamentar submetido a ação penal teria o condão de alterar a competência constitucional por prerrogativa de função. Na Ação Penal nº 333 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-12-2007, Plenário, DJE de 11-4-2008), o STF entendeu que a renúncia do réu parlamentar federal produz plenos efeitos no plano processual, o que implica o deslocamento da competência, e a declinação da competência do STF para o Juízo Criminal de primeiro grau. Todavia, mais recentemente, na Ação Penal nº 396 (AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28-10-2010, Plenário, DJE de 28-4-2011), o Supremo entendeu que a renúncia, quando configuradora de abuso de direito, não pode modificar competências constitucionais definidas. Conferir ementa desta julgada: "Deputado federal. Renúncia ao mandato. Abuso de direito: reconhecimento da competência do STF para continuidade do julgamento da presente ação penal.

75. STF (HC 70.620, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-12-1993, Plenário, DJ de 24-11-2006.) No mesmo sentido: Inq 2.767, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-6-2009, Plenário, DJE de 4-9-2009.

76. "Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz."

(...) Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. (...) As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste STF para continuidade do julgamento."

2.10.1.3. Isenção do serviço militar

Segundo a Constituição, *dependerá de prévia licença* da casa respectiva a incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra.

2.10.1.4. Manutenção das prerrogativas durante os Estados de Exceção

Mesmo durante o estado de sítio, as prerrogativas de Deputados ou Senadores subsistirão, *só podendo ser suspensas* mediante o voto de *dois terços* dos membros da Casa respectiva, e mesmo assim nos casos de *atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional*, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

2.10.2. Incompatibilidades

No art. 54, a Constituição traz um rol de impedimentos ou incompatibilidades dos deputados e senadores, aplicáveis também aos deputados estaduais e distritais e aos vereadores. Algumas dessas incompatibilidades incidem desde a expedição do diploma, outras só a partir da posse.

Assim, não podem os parlamentares (I) *desde a expedição do diploma*: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea

anterior; e (II) *desde a posse*: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no item I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o item I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo⁷⁷.

2.10.3. Perda do mandato

O deputado ou senador pode perder o mandato nas hipóteses do art. 55 da Constituição. A perda do mandato compreende a *cassação* e a *extinção*.

2.10.3.1. Cassação

A cassação do mandato do parlamentar depende de *deliberação* da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por *voto secreto*⁷⁸ e *maioria absoluta*, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa⁷⁹. Pode ocorrer quando o deputado ou senador (1) infringir qualquer das proibições estabelecidas no art. 54 (as *incompatibilidades*, examinadas acima); (2) cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar, entendendo-se por conduta incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas; e (3) sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

77. Ver interessante decisão do STF: "As restrições constitucionais inerentes ao exercício do mandato parlamentar não se estendem ao suplente. A eleição e o exercício do mandato de prefeito não acarretam a perda da condição jurídica de suplente, podendo ser legitimamente convocado para substituir o titular, desde que renuncie ao mandato eletivo municipal." (MS 21.266, Rel. Min. Célio Borja, julgamento em 22-5-91, DJ de 22-10-93).

78. "Emenda constitucional estadual. Perda de mandato de parlamentar estadual mediante voto aberto. Inconstitucionalidade. Violação de limitação expressa ao poder constituinte decorrente dos Estados-membros (CF, art. 27, § 1º c/c art. 55, § 2º)." (ADI 2.461 e ADI 3.208, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-5-05, DJ de 7-10-05).

79. "Parlamentar. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade consequente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (*due process of law*). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contradição real." (MS 25.647-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 30-11-05, DJ de 15-12-06).

2.10.3.2. Extinção

Já extinção do mandato do parlamentar não depende de deliberação ou decisão da casa que integra, mas de simples ato meramente *declaratório* da Mesa diretora, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa, nas hipóteses em que o deputado ou senador (1) deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; (2) perder ou tiver suspensos os direitos políticos; e (3) quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição.

Assim, na extinção, distintamente do que ocorre na cassação, a mesa *deve* declarar a perda do mandato do parlamentar sempre que se verificar uma das situações previstas nos incisos III a V do art. 55 da Constituição⁸⁰.

Contudo, seja em face das hipóteses de cassação, seja em virtude dos casos de extinção, a *renúncia* de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, *terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais*.

Para além das hipóteses acima examinadas, o Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 1398, passou a entender que, salvo justa causa, perde o mandato o parlamentar que se desfiliou do seu partido de eleição, por violar o princípio constitucional da fidelidade partidária. Estabeleceu a Corte eleitoral que o requerimento da decretação de perda do mandato limita-se aos eleitos que se desfilaram após os dias 27 de março/07 (sistema proporcional) e 16 de outubro/07 (sistema majoritário). Ademais, a propósito do tema, editou o TSE a Resolução nº 22.610/07, com a qual disciplinou o

80. Nesse sentido, "Extinção de mandato parlamentar em decorrência de sentença proferida em ação de improbidade administrativa, que suspendeu, por seis anos, os direitos políticos do titular do mandato. Ato da Mesa da Câmara dos Deputados que sobrestou o procedimento de declaração de perda do mandato, sob alegação de inocorrência do trânsito em julgado da decisão judicial. Em hipótese de extinção de mandato parlamentar, a sua declaração pela Mesa é ato vinculado à existência do fato objetivo que a determina, cuja realidade ou não o interessado pode indubitavelmente submeter ao controle jurisdicional. No caso, comunicada a suspensão dos direitos políticos do litisconsorte passivo por decisão judicial e solicitada a adoção de providências para a execução do julgado, de acordo com determinação do Superior Tribunal de Justiça, não cabia outra conduta à autoridade coatora senão declarar a perda do mandato do parlamentar." (MS 25.461, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-6-06, DJ de 22-9-06). Vide também: "Mandado de segurança. Suplente de Deputado Federal. Impetração contra omissão da Presidência da Câmara dos Deputados. (...) Eficácia imediata das decisões da Justiça Eleitoral, salvo exceções previstas em lei. Comunicada a decisão à Presidência da Câmara dos Deputados, cabe a esta dar posse imediata ao suplente do parlamentar que teve seu diploma cassado. Segurança concedida." (MS 25.458, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-12-05, DJ de 9-3-07).

processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Todavia, não perderá o mandato o Deputado ou Senador: (I) investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, podendo o Deputado ou Senador licenciado do mandato para investir-se em qualquer destes cargos optar pela remuneração do mandato⁸¹; (II) licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias. Acerca da convocação do suplente, decidiu o Supremo Tribunal Federal, depois de muita polêmica, que a ordem de substituição deve ser fixada segundo a ordem da coligação, não do partido. Isto é, nas hipóteses de convocação, deve-se observar a lista de suplentes pertencentes à coligação partidária, não a ordem de suplentes do próprio partido⁸².

81. "O membro do Congresso Nacional que se licencia do mandato para investir-se no cargo de Ministro de Estado não perde os laços que o unem, organicamente, ao Parlamento (CF, art. 56, I). Consequentemente, continua a subsistir em seu favor a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal (Inq 777-3-QO/TO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1º-10-1993), bem como a faculdade de optar pela remuneração do mandato (CF, art. 56, § 3º). Da mesma forma, ainda que licenciado, cumpre-lhe guardar estrita observância às vedações e incompatibilidades inerentes ao estatuto constitucional do congressista, assim como às exigências ético-jurídicas que a Constituição (CF, art. 55, § 1º) e os regimentos internos das casas legislativas estabelecem como elementos caracterizadores do decoro parlamentar. Não obstante, o princípio da separação e independência dos poderes e os mecanismos de interferência recíproca que lhe são inerentes impedem, em princípio, que a Câmara a que pertença o parlamentar o submeta, quando licenciado nas condições supramencionadas, a processo de perda do mandato, em virtude de atos por ele praticados que tenham estrita vinculação com a função exercida no Poder Executivo (CF, art. 87, parágrafo único, I, II, III e IV), uma vez que a Constituição prevê modalidade específica de responsabilização política para os membros do Poder Executivo (CF, arts. 85, 86 e 102, I, c). Na hipótese dos autos, contudo, embora afastado do exercício do mandato parlamentar, o Impetrante foi acusado de haver usado de sua influência para levantar fundos junto a bancos 'com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo' (Representação 38/2005, formulada pelo PTB). Tal imputação se adequa, em tese, ao que preceituado no art. 4º, IV, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados que qualifica como suscetíveis de acarretar a perda do mandato os atos e procedimentos levados a efeito no intuito de 'fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação'. Medida liminar indeferida." (MS 25.579-MC, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 19-10-2005, Plenário, DJ de 24-8-2007).

82. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança é de quem, asseverando ter direito líquido e certo, titulariza-o, pedindo proteção

Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

2.11. Da Fiscalização contábil, financeira e orçamentária e dos Tribunais de Contas

A Constituição prevê, basicamente, *dois sistemas* de controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades federadas e de suas respectivas administrações direta e indireta: 1) um *sistema interno*; e 2) um *sistema externo*.

O *sistema interno* é exercido por cada Poder, por meio de seus próprios órgãos, visando aferir a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. A Constituição Federal, inclusive, dispõe no art. 74 que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal,

judicial. A possibilidade de validação da tese segundo a qual o mandato pertence ao partido político e não à coligação legítima a ação do Impetrante. 2. Mandado de segurança preventivo. A circunstância de a alegada ameaça de lesão ao direito pretensamente titularizado pelo Impetrante ter-se convolado em ato concreto não acarreta perda de objeto da ação. 3. As coligações são conformações políticas decorrentes de aliança partidária, formalizada entre dois ou mais partidos político, para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõe, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los. 4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se esgota no dia do pleito eleitoral nem apaga o que decorre de sua existência, quando esgotada a finalidade que motivou a convergência dos objetivos políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados. 5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. 6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado. 7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. 8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral. 9. Segurança denegado (MS 30.260 e MS 30.272, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2011, Plenário, DJF de 30-8-2011).

bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas respectivo, sob pena de responsabilidade solidária.

O *sistema externo* é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

No âmbito federal, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União⁸³, ao qual compete:

I – *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.*

Cumpra esclarecer que, na presente hipótese, o exercício da competência pelo Tribunal de Contas *fica subordinado* ao crivo posterior do Poder Legislativo. Isto é, a competência do Tribunal de Contas se limita a apreciar as contas *mediante a apresentação de parecer prévio*. Assim, não é o Tribunal de Contas da União o órgão que julga as contas do Presidente da República; o órgão constitucionalmente competente para julgar as contas do Presidente da República é o Congresso Nacional⁸⁴.

II – *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal*⁸⁵, e as contas daqueles que derem causa a perda,

83. "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público." (SÚM. 347).

84. Conferir o seguinte julgado: "No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, CF/1988; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo." (ADI 3.715-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-5-2006, Plenário, DJ de 25-8-2006).

85. Vide, STF: "Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I). As empresas públicas e as sociedades de economia mista,

extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

À exceção do chefe do Poder Executivo, cujas contas são julgadas pelo Poder Legislativo (CF/88, art. 71, I), as contas dos demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos são *judgadas* pelo próprio Tribunal de Contas, que não se limita à apresentação de simples parecer prévio. Assim, no exercício desta competência, o julgamento pelo Tribunal de Contas *não fica subordinado* ao crivo posterior do Poder Legislativo. Anote-se que deverá prestar contas ao Tribunal de Contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, ou que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo aos cofres públicos. Desse modo, a competência do Tribunal de Contas para julgar contas também abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário⁸⁶.

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Segundo a Súmula Vinculante nº. 3 do STF, “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Isto significa dizer

integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estejam sujeitos ao regime celetista.” (MS 25.092, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 10-11-05, DJ de 17-3-06).

86. “A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos (art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92). A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente (MS n. 24.961, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 4-3-2005).” (MS 25.880, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 7-2-07, DJ de 16-3-07).

que, salvo nas hipóteses de apreciação da legalidade do ato de *concessão inicial* de aposentadoria, reforma e pensão, em face das quais não se impõe a observância do contraditório e da ampla defesa, nas demais situações que possam ensejar decisões do Tribunal de Contas que resultem em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, deve-se-lhe garantir o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade da decisão da Corte de Contas⁸⁷.

Porém, a recente jurisprudência consolidada do STF passou a exigir que o TCU assegure o contraditório e a ampla defesa nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, *ultrapassar o prazo de cinco anos*, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica⁸⁸.

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e

87. Porém, decidiu o STF que as garantias do contraditório e da ampla defesa não se aplicam aos processos de tomada de contas. Conferir: “O agravante alega ofensa à Súmula Vinculante 3 desta Corte, tendo em vista que, no procedimento de tomada de contas em que foram julgadas irregulares as contas referentes ao período em que o agravante foi prefeito (...), não foi respeitado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, por não ter sido intimado para o ato de julgamento de suas contas e porque seu nome não foi incluído na pauta de julgamentos. Sustenta que o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados em qualquer processo perante o Tribunal de Contas da União. Contudo, a Súmula Vinculante 3 se dirige, exclusivamente, às decisões do TCU que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem algum interessado. Os precedentes que subsidiaram a elaboração da Súmula Vinculante 3 tratam tão somente de decisões da Corte de Contas que cancelaram aposentadorias ou pensões. Em nenhum deles há referência a procedimentos de tomadas de contas. O procedimento de tomadas de contas se destina à verificação, pelo Tribunal de Contas, da regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis. Ou seja, este procedimento não envolve a anulação ou a revogação de um ato administrativo que beneficie o administrador público. Inadequação da hipótese descrita nos autos à Súmula Vinculante 3, razão por que incabível a reclamação.” (Rcl 6.396-AgrR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-10-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009). **No mesmo sentido:** Rcl 10.546-AgrR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-2-2011, Plenário, DJE de 13-4-2011. Ousamos discordar da decisão do STF, tendo em vista que, não obstante o procedimento de tomada de contas se destinar à verificação, pelo Tribunal de Contas, da regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis, é fundamental garantir ao agente a oportunidade de defesa e de contra prova, sobretudo porque a decisão da Corte de Contas pode afetar-lhe em seus direitos, inclusive políticos.

88. “Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de cinco anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.” (MS 24.781, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-3-2011, Plenário, DJE de 9-6-2011.) **No mesmo sentido:** MS 26.053-ED-segundos, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-4-2011, Plenário, DJE de 23-5-2011; MS 25.697, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-2-2010, Plenário, DJE de 12-3-2010; **Vide:** MS 26.560, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-12-2007, Plenário, DJE de 22-2-2008.

patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

Para cumprir com os seus deveres constitucionais, no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e nos órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Cumprido ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da aplicação de qualquer recurso, de origem federal, repassado pela União às demais entidades federadas. Todavia, se o recurso repassado não tem origem federal, não há a competência do TCU; porém, pode haver a competência do Tribunal de Contas do Estado, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme a origem dos recursos⁸⁹.

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

A Lei nº 8.443/92, que dispôs sobre a organização do Tribunal de Contas da União, estabeleceu a multa como sanção aplicável aos responsáveis pela ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

89. “Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União, mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais.” (MS 24.312, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-2-03, DJ de 19-12-03).

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

Verificada a ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, o Tribunal de Contas pode determinar ao órgão, entidade ou à autoridade administrativa competente que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e promova, se for o caso, a anulação do contrato e da licitação de que se originou⁹⁰. Não pode é o Tribunal de Contas, a pretexto de alguma ilegalidade, determinar a supressão de vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público, por força de decisão judicial transitada em julgado, tendo em vista que a situação jurídica em tela está coberta pela coisa julgada⁹¹.

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.

As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

2.11.1. Dos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas são órgãos de natureza técnica que têm por finalidade auxiliar o Poder Legislativo na atividade de controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades federadas e de suas respectivas administrações direta e indireta.

90. “O Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”. (STF, MS 23.550, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-02, DJ de 31-10-01).

91. “Vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público, por força de decisão judicial transitada em julgado: não pode o Tribunal de Contas, em caso assim, determinar a supressão de tal vantagem, por isso que a situação jurídica coberta pela coisa julgada somente pode ser modificada pela via da ação rescisória.” (MS 25.460, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-12-05, DJ de 10-2-06).

Embora órgãos de auxílio do Poder Legislativo a este não integram, tampouco se subordinam, mantendo com ele apenas uma relação de vinculação institucional. São órgãos autônomos e independentes, inclusive gozando das mesmas garantias institucionais do Poder Judiciário, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 da Constituição (que dispõe da autonomia administrativa e de autogoverno dos Tribunais Judiciários).

2.11.1.1. Do Tribunal de Conta da União

O Tribunal de Contas da União compõe-se de *nove Ministros* e tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: (I) mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; (II) idoneidade moral e reputação ilibada; (III) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; (IV) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: (I) *um terço* (isto é, três) pelo Presidente da República, com *aprovação do Senado Federal*, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; (II) *dois terços* (isto é, seis) pelo Congresso Nacional.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

2.11.1.2. Do Tribunal de Conta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

O controle externo, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é da competência, respectivamente, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, com o *auxílio* de seus Tribunais de Contas. De acordo com o art. 75 da Constituição, as normas relativas à fiscalização contábil, financeira e orçamentária e às concernentes ao Tribunal de Contas da União, aplicam-se, no que couber, à organização,

composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por *sete Conselheiros*. Advirta-se que o STF *sumulou* entendimento segundo o qual “No Tribunal de Contas estadual, composto por sete Conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha” (SÚM. 653).

O controle externo dos Municípios, de incumbência das Câmaras Municipais, será exercido com o *auxílio* dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, cujo parecer *prévio* emitido sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. A Constituição, porém, *veda* que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas. Mas não proíbe que os Estados criem *órgão estadual* denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios, incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora sejam órgãos estaduais – atuam onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores⁹².

3. DO PODER EXECUTIVO

Na divisão das funções estatais, ao Poder Executivo foram atribuídas as funções de chefia de Estado, chefia de Governo e chefia de Administração. O modo como essas funções são exercidas, quer no âmbito interno do próprio

92. Nesse sentido já decidiu o STF, na ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-95, DJ de 10-2-06: “Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-Membros, mediante autônoma deliberação, instituam *órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios* [RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira], incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembléia Legislativa do Estado-Membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75).” Grifos nossos.

Poder Executivo, quer diante do Poder Legislativo, depende fundamentalmente do sistema de governo adotado.

Porém um dado é certo. O Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública. Enquanto órgão que exerce a chefia de Estado, representa internacionalmente a soberania estatal; enquanto órgão de chefia de Governo, dirige a vida política nacional, executando as políticas públicas adotadas pela Constituição e pelas leis; e enquanto órgão de chefia de Administração presta os serviços públicos necessários para atender as necessidades coletivas.

Segundo Maurice Duverger⁹³, são formas de Executivo: a) *Monocrático*, que é o exercido por um só homem (exemplo: Rei; Imperador; Ditador; Presidente); b) *Colegial*, que é o exercido por dois homens com poderes iguais, como os cônsules romanos; c) *Diretorial*, que é exercido por grupos de homens, em comitês (exemplo: URSS e Suíça); e d) *Dual*, que é próprio do parlamentarismo, havendo um chefe de Estado e um Conselho de Ministros (chefia o governo).

3.1. Sistemas de governo

Os sistemas de governo são fórmulas concebidas para identificar o grau de independência ou dependência no relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo no exercício das funções governamentais. Isto é, consistem os sistemas de governo em mecanismos que revelam as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Num regime de total independência política entre os aludidos poderes, há o sistema *presidencial*; porém, num regime de relativa dependência ou vinculação política, há o sistema *parlamentar*.

3.1.1. Parlamentarismo

O parlamentarismo teve origem na Inglaterra, no século XVII, em razão do sucesso da revolução – a *Glorious Revolution* de 1688 – que consagrou a monarquia constitucional naquele país, com a supremacia do Parlamento e a limitação do poder do Rei. Nesse sistema de governo destaca-se a figura do *Parlamento* como força de dominação política, ao qual o próprio Governo passa politicamente a depender.

93. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 540.

Conquanto originado após a revolução gloriosa do século XVII, o parlamentarismo resultou de uma longa experiência histórica que se iniciou no século XIII, com o surgimento do Parlamento.

Na verdade, na Inglaterra do século XI, o monarca inglês vivia rodeado de nobres que compunham a chamada *Curia Regis* (a Corte do Rei). A Corte do Rei, por sua vez, deu ensejo a uma dupla evolução: desenvolveu-se, de um lado mais abrangente, com a formação do *Magnum Consilium*, que no século XIII, por razões históricas abaixo declinadas, passou a ser chamado de Parlamento; e, de um lado mais restrito, desenvolveu-se com a constituição do *Conselho Privado*, composto pelos Conselheiros do Rei, que eram homens de sua inteira confiança e por ele escolhidos, que se reuniam numa sala reservada no palácio real (em um Gabinete), para o fim de informarem e aconselharem o monarca sobre a política do País⁹⁴.

Registra a história que em 1265 um nobre francês, Simon de Montforte, neto de inglesa e com grande influência entre os barões ingleses, liderou uma rebelião contra o Rei da Inglaterra Henrique III, organizando uma *reunião*, de caráter político, da qual participaram pessoas importantes, para discutirem problemas do reino. Muitos veem nessa reunião como a própria origem do Parlamento. Mesmo após a morte de Simon de Montforte em combate, as pessoas importantes do reino continuaram a se reunir periodicamente, até que, em 1295, o Rei Eduardo I oficializou essas reuniões, consolidando a criação do Parlamento⁹⁵.

A partir daí, sobretudo após o ano de 1332, começa a se delinear a existência de dois grupos no Parlamento, dando ensejo a formação de duas Casas distintas: a dos barões, compondo a chamada Câmara dos Lordes (a Câmara Alta), em geral de investidura hereditária; e a dos cidadãos, cavaleiros e burgueses, estes identificados pela denominação de *commoners*, compondo a chamada Câmara dos Comuns (a Câmara Baixa), de investidura eletiva. Após séculos de disputas pela hegemonia política, a Câmara dos Comuns, no século XVII, conquistou a preponderância política em face da Câmara dos Lordes. Daí por que o Rei da Inglaterra, Guilherme III, convidou pela primeira vez, em 1689, o Chefe do partido vitorioso na Câmara dos Comuns para formar o Gabinete (Conselho de Ministros). Percebe-se, então, uma surpreendente alteração na formação do Governo, uma vez que, antes da Revolução de 1688, o Rei convidava as pessoas de sua confiança pessoal para compor o

94. FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 397-398.

95. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

seu Conselho de Ministros (Gabinete). Posteriormente, passou a convidar, para a formação de seu Governo, os líderes partidários que representavam a maioria no Parlamento. Nasce, nesse contexto, o *parlamentarismo*.

De fato, depois de várias sucessões no reino, em especial durante o reinado de Guilherme e Maria, assim como no de sua sucessora, a Rainha Ana, criou-se o hábito de o soberano convocar um *Conselho de Gabinete*, composto de conselheiros privados, que era no início um órgão de consulta para assuntos de relações exteriores.

Com a morte da Rainha Ana, em agosto de 1714, o príncipe alemão Jorge, que não falava inglês, foi considerado o herdeiro legítimo da coroa inglesa, subindo ao trono com o título de Jorge I. Ocorre que ele, além de não saber falar inglês, não tinha conhecimento dos problemas políticos da Inglaterra e não se mostrou interessado neles. Uma das principais consequências disso foi que o Conselho de Gabinete continuou a se reunir e a tomar as decisões sobre o governo do reino sem a presença do Rei. E rapidamente um dos ministros ou conselheiros foi se destacando dos demais em face de sua liderança na condução dos trabalhos, passando a expor e defender as suas ideias perante o Parlamento. Esse ministro foi chamado, no início com ironia, de *Primeiro-Ministro*, em razão de sua forte influência e ascendência sobre os demais. A sua existência foi fundamental para a *distinção*, no Executivo, entre a *chefia de Governo*, que passou a ser encargo do Primeiro Ministro, e a *chefia de Estado*, que continuou com o Rei⁹⁶.

Com o tempo, outros elementos típicos do parlamentarismo foram surgindo, como: a confiança e responsabilidade política do Governo perante o Parlamento; a necessidade de aprovação do plano de governo pelo Parlamento, que acaba sendo co-responsável pelo seu sucesso, gerando, assim, o seguinte encadeamento de responsabilidades: a responsabilidade do Governo perante o Parlamento e a deste perante o povo.

O núcleo fundamental do sistema parlamentarista reside exatamente na distinção, no âmbito do Poder Executivo, entre as funções de chefia de Estado e chefia de Governo, e na dependência do Governo (Executivo) ao Parlamento (Legislativo). Mas também na formação do Governo por membros do Parlamento; e na possibilidade de destituição do Governo mediante voto de desconfiança aprovado pelo Parlamento.

96. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

Desse modo, é essencial haver uma harmonia entre o Governo (Executivo) e a maioria do Parlamento (Legislativo), garantida pela ampla participação dos líderes dos partidos vitoriosos na Câmara no Governo. Ou seja, a maioria do Parlamento passa a compor o Governo. E quando o Governo perde a maioria no Parlamento, ele, naturalmente, cai e é substituído por um novo Governo formado por uma nova maioria parlamentar.

Do ponto de vista histórico, é um sistema típico das Monarquias constitucionais. Mas combina muito bem com a República, sendo adotado na maioria das Repúblicas européias. Nesse sistema, o Poder Executivo está dividido entre um chefe de Estado (o Monarca, nas *Monarquias*; e Presidente, nas *Repúblicas*) e um chefe de Governo (Primeiro-Ministro ou Presidente do Conselho de Ministros). O Governo é exercido pelo Conselho de Ministros, cujo chefe, o Primeiro-Ministro, é indicado (ou nomeado) pelo Presidente da República ou Monarca, a partir da maioria parlamentar. A investidura do chefe de Governo, bem como a sua permanência no cargo, dependem da confiança do Parlamento. A aprovação do Primeiro-Ministro e do Gabinete se dá pela aprovação de um plano de governo, com o que a Câmara acaba assumindo responsabilidade de governo. O Governo é responsável perante o Parlamento (Câmara dos Comuns), o que significa que o Governo depende do seu apoio e confiança para governar. O Parlamento é responsável perante os eleitores, de sorte que a responsabilidade política se realiza do Governo para com o Parlamento e deste para com o povo. Se o Parlamento desaprova o Governo, este cai, porque não tem mandato, nem investidura a tempo certo, mas investidura de confiança. Todavia, é possível que aconteça o contrário, pois em vez da queda do Governo que perdeu a confiança do Parlamento, pode-se apurar a confiança do povo relativamente ao Parlamento, e então utiliza-se o mecanismo de dissolução da Câmara (Parlamento), convocando-se eleições extraordinárias para a formação de outro Parlamento em torno do tema ou da questão de Governo que gerou a crise⁹⁷.

O parlamentarismo, não obstante, não é um sistema de governo invariável. Ele pode assumir peculiaridades, razão por que muitos autores distinguem entre o parlamentarismo clássico ou puro (tal como adotado na Inglaterra) e parlamentarismo híbrido (que, por sua vez, também assume distintas formas). Podemos citar, por exemplo, os distintos sistemas parlamentaristas adotados na França e na Itália. Na França, com a atual Constituição de 1958, após a reforma de 1962, o Presidente da República é eleito

97. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 507.

diretamente pelo povo, enquanto na Itália, em face de sua atual Constituição de 1947, o Presidente é escolhido pelo Parlamento.

3.1.2. Presidencialismo

O presidencialismo se originou nos EUA, com a Constituição de 1787, motivado pela ideia da consagração de um Executivo independente do Legislativo, tal como teorizado por Montesquieu. Assim, ficaria superada a dualidade entre chefia de Estado e chefia de governo, tal como era adotada no parlamentarismo britânico colonizador. As duas chefias passariam a ser exercidas pelo Presidente da República, consolidando-se um Executivo *monocrático*, cujas funções seriam exercidas por um cidadão eleito, e não por um monarca hereditário.

Esse sistema é comumente adotado nas Repúblicas, onde o Presidente da República exerce o Poder Executivo em sua totalidade, concentrando as funções próprias do Executivo, quais sejam, as de chefia de Estado, chefia de Governo e chefia da Administração Pública. O Presidente passa a ter mandato por tempo fixo, razão por que não há necessidade de depender da confiança do Poder Legislativo, nem para a sua investidura, nem para o exercício do governo, nem para a permanência no poder.

D'outra banda, no presidencialismo, o Poder Legislativo não se confunde com o parlamento e seus membros são eleitos para um mandato fixo, ficando a salvo de tentativa de dissolução.

Também aqui é importante ressaltar que o presidencialismo pode assumir diferentes formas, o que leva os autores a classificar entre um presidencialismo puro (como nos EUA) e um presidencialismo híbrido (onde há a possibilidade de o Legislativo participar, de alguma forma, do Governo).

3.2. O Poder Executivo no Brasil e o Presidente da República

O sistema presidencialista é de nossa tradição republicana, adotado desde a instauração da República em 1889.

No entanto, houve uma rápida experiência parlamentarista no Brasil, tanto no Império como no período Republicano.

No Império, muito embora não tivesse a Carta de 1824 adotado formalmente o parlamentarismo, este sistema de governo acabou sendo posto em prática por razões políticas. Comenta Pinto Ferreira⁹⁸ que o parlamentarismo

no Brasil provém da época da regência de Feijó (1835-1837), que caiu em razão da grande oposição que lhe foi feita pelo Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos. Com a queda de Feijó, assumiu a regência Araújo Lima, que adotou a técnica de convidar o chefe de Governo entre aqueles políticos que lideravam o partido majoritário na Câmara dos Deputados. Tal situação se consolidou com a criação, em 1847, do cargo de primeiro-ministro, por Decreto de 20 de julho. Porém, a experiência parlamentarista no Império se encerra em 1889, com a proclamação da República.

No período Republicano, adotou-se formalmente o parlamentarismo no Brasil no período de 02 de setembro de 1961 (por força da EC nº 04) a 23 de janeiro de 1963 (com a aprovação da EC nº 06). E isso se deveu a circunstâncias políticas. Após ser eleito por ampla maioria de votos, Jânio Quadros renunciou à Presidência da República sete meses depois. Era vice-Presidente na época o João Goulart, que na ocasião da renúncia se encontrava em viagem pela China e União Soviética. Sucede que João Goulart, em razão de sua inclinação político-social reformista, tinha a resistência de forças conservadoras da época, que tentaram impedir a sua posse na Presidência da República, com o apoio das forças armadas. Retornando ao Brasil, teve de ingressar pelo Rio Grande do Sul, para evitar o cerco das forças armadas que o esperavam na cidade de Recife. Como o Governador do Rio Grande do Sul na época era Leonel Brizola, que tinha o apoio do comando militar da Região, João Goulart conseguiu tomar posse, porém com os poderes significativamente reduzidos em face da adoção do sistema parlamentarista pela EC nº 04, de 02 de setembro de 1961. Durante o parlamentarismo, foram primeiro-ministro: Tancredo Neves, Brochado da Rocha e Hermes Lima. Todavia, esse sistema durou pouco, em razão da EC nº 06, de 23 de janeiro de 1963, aprovada pelo Congresso Nacional após plebiscito popular que se pronunciou contra o sistema parlamentar, revogando a emenda 04. João Goulart, no entanto, caiu do poder em 01 de abril de 1964, com o movimento militar deflagrado no dia anterior.

Em face da Constituição de 1988, o Poder Executivo no Brasil é exercido na sua plenitude pelo Presidente da República, que *concentra* todas as suas funções, abrangentes da chefia de Estado, de Governo e de Administração. Consagrou-se, entre nós, um Executivo *monocrático*, na medida em que todas as suas funções são exercidas por uma só pessoa, que não depende da confiança do Congresso Nacional para ser investido no cargo nem para nele permanecer, pois é eleito para um mandato fixo de 4 (quatro) anos.

No exercício do Poder Executivo, o Presidente é apenas *auxiliado* pelos Ministros de Estado, que são pessoas de sua confiança e a ele subordinados, que pode nomeá-los e exonerá-los *livremente*.

98. FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 407.

Em razão da forma federativa de Estado, o Poder Executivo nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios é exercido, respectivamente e na linha do sistema presidencial de governo, pelos Governadores e Prefeitos, que também concentram as funções atinentes a esse poder no âmbito de seus domínios e competências.

3.3. Eleição do Presidente da República

A eleição do Presidente da República será realizada, juntamente com a de seu Vice, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se for necessário, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. Anote-se que não há eleições separadas do Presidente e de seu Vice, pois, segundo a Constituição, a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado. Isso evita problemas, conhecidos no passado, de eleição de Presidente e Vice-Presidente de chapas diferentes.

Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político e cumprida as demais condições de elegibilidade do art. 14, § 3º, da Constituição, obtiver a *maioria absoluta de votos*, não computados os em branco e os nulos. Todavia, se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á *nova eleição* em até vinte dias após a proclamação do resultado (desde que seja no último domingo de outubro), concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Com isso, percebe-se que a Constituição consagrou o princípio da *maioria absoluta* para as eleições presidenciais, pois, se nenhum candidato obtiver a *maioria absoluta de votos* (não computados os em branco e os nulos) na primeira votação (primeiro turno), deve-se fazer uma *nova eleição* (segundo turno), para a qual concorrerão apenas os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. A necessidade do segundo turno confirma o princípio em tela, que exige a maioria absoluta de votos, tanto que, se essa maioria é obtida já na primeira eleição (primeiro turno), não se fala em segunda eleição ou segundo turno.

A exigência do segundo turno aplica-se para as eleições dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal (art. 28) e para as eleições dos Prefeitos municipais no caso de Municípios *com mais de duzentos mil eleitores* (art. 29, II).

Na hipótese de haver o segundo turno, se antes de sua realização ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, deve-se convocar, dentre os remanescentes, o de maior votação. A Constituição, com isso, buscou evitar qualquer tipo de burla ou fraude ao princípio da maioria absoluta

e à vontade popular. Na eventual hipótese de remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse no dia 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição, para um mandato fixo de quatro anos, em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. Se decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago. É claro que o cargo de Presidente só será declarado vago se *nenhum* dos eleitos comparecer no prazo. Se comparecer só o candidato que foi eleito a Vice, e não comparecer injustificadamente o eleito a Presidente, o Vice assume o cargo definitivamente na condição de sucessor. Não comparecendo imotivadamente ambos os candidatos eleitos, aí sim será declarado vago o cargo pelo Congresso Nacional, procedendo-se novas eleições diretas noventa dias após, nos termos do art. 81.

3.4. Substituição e sucessão do Presidente da República

O Vice-Presidente é o *substituto* e o *sucessor* natural do Presidente da República. A substituição, que tem caráter provisório, ocorre em caso de impedimento (como, por exemplo, nos casos de licença, doença, férias), enquanto a sucessão, que tem natureza definitiva, em caso de vaga (como, por exemplo, nos casos de morte, renúncia, *impeachment*).

São *substitutos* do Presidente da República, pela ordem:

- a) o Vice-Presidente da República;
- b) o Presidente da Câmara dos Deputados;
- c) o Presidente do Senado Federal; e
- d) o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Mas confirme-se que o Vice-Presidente, além de ser o *primeiro substituto* do titular, é o *único* que pode suceder o Presidente da República, mais ninguém. Ademais, o Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência, em caráter sempre *interino* e *provisório*, o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-ão eleições diretas noventa dias depois de aberta a última vaga, quando a vacância dos cargos se verificar nos dois primeiros anos do período presidencial. Todavia, ocorrendo a vacância dos cargos nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição, que será indireta, para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

A previsão constitucional de escolha dos sucessores em caso de dupla vacância dos cargos no Executivo também se aplica aos Estados-membros, que dispõem de competência própria para regular o processo de eleição dos novos Governadores e Vice-Governadores. Assim, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "O Estado-membro dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembléia Legislativa, do Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de autogoverno que lhe outorgou a própria Constituição da República. As condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º) e as hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, § 4º a 8º), inclusive aquelas decorrentes de legislação complementar (CF, art. 14, § 9º), aplicam-se de pleno direito, independentemente de sua expressa previsão na lei local, à eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembléia Legislativa em caso de dupla vacância desses cargos executivos no último biênio do período de governo." 99. Assim, compete aos Estados-membros definir e regulamentar as normas de sucessão do Governador e Vice-Governador, não ostentando, tal matéria, qualquer natureza eleitoral. Contudo, ainda que a competência seja do Estado-membro para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembléia Legislativa, do Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental, não pode o Estado suprimir as eleições, ainda que indiretas, sob pena de

99. Ver outro trecho da mesma decisão: "A questão primeira que se coloca nesta ação direta consiste, precisamente, em saber se a dupla vacância dos cargos executivos, decorrente da inexistência simultânea de Governador e de Vice-Governador, impõe ao Estado-membro, ou não, o dever de sujeição compulsória ao modelo normativo inscrito no art. 81 – especialmente em seu § 1º – da Constituição Federal, pois, em caso positivo, sustenta-se que, envolvendo a disciplina do tema matéria eminentemente eleitoral, incumbiria à União, mediante lei nacional, dispor sobre o processo de escolha, pelas Assembléias Legislativas, dos novos Governador e Vice-Governador para o desempenho de mandato residual. Tenho para mim, Sr. Presidente, ainda que em juízo de sumária cognição, que os Estados-membros não estão sujeitos ao modelo consubstanciado no art. 81 da Constituição Federal, abrindo-se, desse modo, para essas unidades da Federação, a possibilidade de dispor normativamente, com fundamento em seu poder de autônoma deliberação, de maneira diversa." (ADI 1.057-MC, Voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 20-4-94, DJ de 6-4-01).

violar o princípio Republicano, que pressupõe a realização de eleições para todos os exercentes de mandatos políticos¹⁰⁰.

Mas, em qualquer dos casos, os eleitos deverão apenas *completar* o período de seus antecessores (eis o chamado *mandato tampão*).

De acordo com a Constituição, o Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo (art. 83)¹⁰¹.

3.5. Atribuições do Presidente da República

A Constituição estabelece, no art. 84, as atribuições privativas do Presidente da República, que podemos dividir entre aquelas concernentes à *chefia de Estado*, à *chefia de Governo* e à *chefia de Administração*.

São atribuições privativas do Presidente da República atinentes à *chefia de Estado* as seguintes:

- manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
- convocar e presidir o Conselho de Defesa Nacional;

100. Nesse sentido, decidiu o STF: "EC 28, que alterou o § 2º do art. 79 da Constituição do Estado de Sergipe, estabelecendo que, no caso de vacância dos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, no último ano do período governamental, serão sucessivamente chamados o Presidente da Assembleia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça, para exercer o cargo de Governador. A norma impugnada suprimiu a eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembleia Legislativa em caso de dupla vacância desses cargos no último biênio do período de governo. Afronta aos parâmetros constitucionais que determinam o preenchimento desses cargos mediante eleição." (ADI 2.709, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8-2006, Plenário, DJE de 16-5-2008.) Vide: Rcl 7.759, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 26-2-2009, DJE de 4-3-2009.

101. "Por falta de simetria com o modelo federal o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Goiás para declarar a inconstitucionalidade das expressões que exigiam autorização legislativa para que o Governador e o Vice-Governador pudessem se ausentar do país 'por qualquer prazo', contida no inciso II do art. 11 e no art. 36 da Constituição do mesmo Estado." (ADI 738, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 13-11-02, DJ de 7-2-03). Assim, "Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembleia Legislativa para que o governador e o vice-governador possam ausentar-se do País por qualquer prazo. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria." (ADI 738, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 13-11-2002, Plenário, DJ de 7-2-2003.) No mesmo sentido: RE 317.574, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-12-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2011; ADI 775-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-1992, Plenário, DJ de 1º-12-2006.

- nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores;
- nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;
- nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição;
- declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
- celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;
- conferir condecorações e distinções honoríficas;
- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

São atribuições privativas do Presidente da República relacionadas à *chefia de Governo* as seguintes:

- nomear e exonerar os Ministros de Estado;
- iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
- vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
- decretar o estado de defesa e o estado de sítio;
- decretar e executar a intervenção federal;
- remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;
- conceder indulto¹⁰² e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

102. "O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República (art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoia da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, § 2º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter

- exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;
- nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;
- nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;
- convocar e presidir o Conselho da República;
- enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;
- prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;
- editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62¹⁰³.
- nomear o Advogado-Geral da União;

de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. O seqüestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal." (RHC 71.400, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 7-6-94, DJ de 30-9-94).

103. Mas os Governadores também podem editar medidas provisórias, quando previstas na Constituição do Estado respectivo. Ver, STF, ADI 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-06, DJ de 16-3-07: "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 51 e parágrafos da Constituição do Estado de Santa Catarina. Adoção de medida provisória por estado-membro. Possibilidade. Artigos 62 e 84, XXVI da Constituição Federal. Emenda constitucional 32, de 11-9-01, que alterou substancialmente a redação do art. 62. Revogação parcial do preceito impugnado por incompatibilidade com o novo texto constitucional. Subsistência do núcleo essencial do comando examinado, presente em seu caput. Aplicabilidade, nos estados-membros, do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Inexistência de vedação expressa quanto às medidas provisórias. Necessidade de previsão no texto da carta estadual e da estrita observância dos princípios e limitações impostas pelo modelo federal. Não obstante a permanência, após o superveniente advento da Emenda Constitucional 32/01, do comando que confere ao Chefe do Executivo Federal o poder de adotar medidas provisórias com força de lei, tornou-se impossível o cotejo de todo o referido dispositivo da Carta catarinense com o teor da nova redação do art. 62, parâmetro inafastável de aferição da inconstitucionalidade argüida. Ação direta prejudicada em parte. No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19-12-03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence,

São atribuições privativas do Presidente da República referentes à *chefia de Administração Pública* as seguintes:

- exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
- dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
- prover¹⁰⁴ e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

A Constituição ainda confere ao Presidente da República o exercício de outras atribuições previstas na Constituição, como, por exemplo, elaborar leis delegadas.

Em consonância com o parágrafo único do art. 84, o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI (dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos); XII (conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei) e XXV, primeira parte (prover os cargos públicos federais, na forma da lei), aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

3.6. Responsabilidade do Presidente da República

Como tivemos a oportunidade de acentuar no item próprio, o Poder Legislativo desempenha duas importantes funções: a legislativa e a de controle ou de fiscalização.

DJ 19-6-92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14-5-93. Entendimento reforçado pela significativa indicação na Constituição Federal, quanto a essa possibilidade, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, da competência desses entes da Federação para 'explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação' (art. 25, § 2º). Ação direta cujo pedido formulado se julga improcedente."

104. "Presidente da República: competência para prover cargos públicos (CF, art. 84, XXV, primeira parte), que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto é susceptível de delegação a Ministro de Estado (CF, art. 84, parágrafo único): validade da Portaria do Ministro de Estado que, no uso de competência delegada, aplicou a pena de demissão ao impetrante." (MS 25.518, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-6-06, DJ de 10-8-06).

Dentre as funções de controle, destaca-se a de processar e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, por meio de um processo *político-constitucional*, que pode levar ao seu *impeachment*, que o grande Ruy Barbosa denominou de "julgamento político".

O *impeachment*, na verdade, é uma medida de cunho essencialmente política destinada a *impedir* que determinadas autoridades permaneçam nos seus respectivos cargos públicos, onde a sua ação prejudicaria os interesses do País. Surgiu, assim, como uma necessidade de *impedir* que os representantes do Poder Executivo ultrapassem o âmbito regular de suas atividades. É uma criação inglesa, nascida em 1376 com Eduardo III. Através dessa instituição, a Câmara dos Comuns acusava os Ministros do Rei por crime ou mau procedimento no exercício de suas funções, perante a Câmara dos Lords, que os julgava. No sistema inglês, o *impeachment* podia incidir sobre qualquer súdito, admitindo penas políticas, civis e criminais. Entre os casos de *impeachment* registrados na história da Inglaterra, destacam-se os de Latmer e Neville, em 1376; o do Pole, em 1386; e os de Bacon e Mompesson em 1621. O mais notável, entretanto, foi a tentativa de *impeachment* contra o Duque de Buckingham, poderoso Ministro de Carlos I. Outros casos registrados são os do Conde de Strafford em 1640; e dos ministros reais Warren Hastings, em 1787 e Lorde Melville em 1805. Daí por diante, o *impeachment* foi lentamente caindo em desuso e, com o desenvolvimento do sistema parlamentar, foi sendo substituído pela moção de responsabilidade.

Os EUA herdaram da Inglaterra essa instituição. Constituições de Estados e a própria Constituição Federal o consagraram, embora restringindo o processo aos funcionários civis, admitindo apenas penas administrativas (perda do cargo e inabilitação para exercer outro) sem prejuízo das penas civis e criminais.

No Brasil, o *impeachment* foi previsto em todas as Constituições, encontrando-se, atualmente, bem delineado no art. 52, I e II, e parágrafo único; e nos arts. 85 e 86 da Constituição de 1988.

No sistema presidencial de governo, a responsabilidade do Presidente da República é a regra. Seguindo esse passo, a Constituição Federal de 1988 prevê dois tipos de responsabilidade do Presidente da República: uma *responsabilidade política* e uma *responsabilidade penal*. A responsabilidade política abrange os *crimes de responsabilidade*, que são infrações de natureza político-administrativa, que podem levar ao *impeachment* do Presidente da República, como já ocorreu entre nós no caso Fernando Collor; e a responsabilidade penal compreende as *infrações penais comuns* (*crimes comuns* ou *contravenções penais*) previstas no Código Penal e na lei penal especial, que

podem acarretar na aplicação de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou de multa.

A Constituição considera como crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (I) a existência da União; (II) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; (III) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; (IV) a segurança interna do País; (V) a probidade na administração; (VI) a lei orçamentária; (VII) o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Esses crimes de responsabilidade serão definidos em lei especial¹⁰⁵, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. E a Lei 1.079/50, que foi recepcionada em grande parte pela Constituição de 1988¹⁰⁶, dispõe desses crimes.

Nos crimes de responsabilidade, o Presidente da República será processado e julgado pelo *Senado Federal*, após admitida a acusação contra ele, por dois terços da Câmara dos Deputados¹⁰⁷. Cumpre esclarecer que, admitida

105. "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento." (Súm. 722).

106. "A expressão 'e julgar', que consta do inciso XX do artigo 40, e o inciso II do § 1º do artigo 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. Lei federal n. 1.079/50, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no artigo 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União. A CB/88 elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos em relação às autoridades apontadas. Artigo 2º da Lei n. 1.079 revogado, no que contraria a Constituição do Brasil. A Constituição não cuidou da matéria no que respeita às autoridades estaduais. O disposto no artigo 78 da Lei n. 1.079 permanece hígido – o prazo de inabilitação das autoridades estaduais não foi alterado. O Estado-Membro carece de competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos – artigos 22, inciso I, e parágrafo único do artigo 85 da CB/88, que tratam de matéria cuja competência para legislar é da União. O Regimento da Assembléia Legislativa catarinense foi integralmente revogado. Prejuízo da ação no que se refere à impugnação do trecho 'do qual fará chegar uma via ao substituto constitucional do Governador para que assumo o poder, no dia em que entre em vigor a decisão da Assembléia', constante do § 4º do artigo 232." (ADI 1.628, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-8-06, DJ de 24-11-06).

107. "No regime da Carta de 1988, a Câmara dos Deputados, diante da denúncia oferecida contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (CF, art. 86, *caput*), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei 1.079/50. No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste, é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, na Câmara ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e

a acusação contra o Presidente pela Câmara dos Deputados, o Senado *deve* instaurar o processo político contra o Presidente, não dispondo de qualquer faculdade de não fazê-lo. Isto é, a deliberação *positiva* da Câmara, no juízo de admissibilidade da acusação contra o Presidente, é *decisão vinculante* para o Senado, que tem a obrigação de processar e julgar o Presidente, ainda que venha a absolvê-lo.

Já nas infrações penais comuns, o Presidente da República será processado e julgado pelo *Supremo Tribunal Federal*, também após admitida a acusação contra o ele, por dois terços da Câmara dos Deputados. Entretanto, mesmo que admitida pela Câmara a acusação contra o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a receber a ação penal contra ele proposta, tendo em vista que a Corte agirá como Tribunal Judicial e não político, ficando vinculado, não à deliberação positiva da Câmara, mas à ordem jurídica que delimita o poder acusatório do Estado pela prática de infração penal comum.

De acordo com a Constituição, o Presidente ficará suspenso de suas funções pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

- I – nas infrações penais comuns, *se recebida* a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; e
- II – nos crimes de responsabilidade, *após a instauração* do processo pelo Senado Federal.

Todavia, se decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente que retornará ao cargo, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

No processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o Senado Federal será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por *dois terços* dos votos do Senado Federal, à *perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis*. Se absolvido, o processo será arquivado.

O processo e julgamento perante o STF seguirão os termos da legislação penal e processual penal, podendo o Presidente ser condenado ou absolvido. Se absolvido, arquivase o processo. Se condenado, além de sua sujeição à pena imposta (privativa de liberdade; restritiva de direito ou multa), pode

julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis. Recepção, pela CF/88, da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50." (MS 21.564, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, julgamento em 23-9-92, DJ de 27-8-93)

perder o cargo por determinação da própria sentença (efeito específico da condenação, conforme o código penal, art. 92, I¹⁰⁸) ou pela suspensão de direitos políticos (CF, art. 15, III).

De qualquer forma, devem ser asseguradas ao Presidente da República as garantias constitucionais, em especial o contraditório e a ampla defesa¹⁰⁹.

3.7. Prerrogativas do Presidente da República

O Presidente da República não pode ser preso enquanto não sobrevier sentença penal condenatória, nas infrações comuns (art. 86, § 3º). Cuida-se de uma importante prerrogativa funcional conferida pela Constituição Federal *exclusivamente*¹¹⁰ ao Presidente da República que está imune a qualquer prisão (flagrante, preventiva ou temporária) enquanto não for condenado por infração penal comum.

Ademais, na vigência de seu mandato, o Presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4º). Essa prerrogativa, todavia, está limitada à responsabilidade

108. "Art. 92 – São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos". "Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

109. "O impeachment na Constituição de 1988, no que concerne ao Presidente da República: autorizada pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (CF, art. 51, I), ou admitida a acusação (CF, art. 86), o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. É dizer: o impeachment do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado Federal. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento. CF/88, artigo 51, I; art. 52; artigo 86, par. 1º, II, par. 2º, (MS n. 21.564-DF). A lei estabelecerá as normas de processo e julgamento. CF, art. 85, par. único. Essas normas estão na Lei n. 1.079, de 1950, que foi recepcionada, em grande parte, pela CF/88 (MS n. 21.564-DF). O impeachment e o *due process of law*: a aplicabilidade deste no processo de impeachment, observadas as disposições específicas inscritas na Constituição e na lei e a natureza do processo, ou o cunho político do juízo. CF, art. 85, par. único. Lei n. 1.079, de 1950, recepcionada, em grande parte, pela CF/88 (MS n. 21.564-DF)." (MS 21.623, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-12-92, DJ de 28-5-93).

110. "Orientação desta Corte, no que concerne ao art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição, na ADI 1.028, de referência à imunidade à prisão cautelar como *prerrogativa exclusiva do Presidente da República, insuscetível de estender-se aos Governadores dos Estados*, que institucionalmente, não a possuem." (ADI 1.634-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-9-97, DJ de 8-9-00). Grifos nossos. No mesmo sentido, "Os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, §§ 3º e 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental – por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado – são apenas extensíveis ao Presidente da República." (ADI 978, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-10-95, DJ de 24-11-95).

penal¹¹¹, de modo que o Presidente só pode ser processado e julgado no STF por infração penal relacionada ao exercício de suas funções, isto é, por crimes funcionais¹¹². Por infrações penais desvinculadas de suas funções, não pode o Presidente ser processado enquanto estiver no mandato, só após cessado o mandato. Interessante, a propósito, a seguinte decisão do STF:

"O que o art. 86, § 4º, confere ao Presidente da República não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais praticados no curso do mandato, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência. Da impossibilidade, segundo o art. 86, § 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, se o fato é anterior à sua investidura, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal, nem consequentemente para o *habeas corpus* por falta de justa causa para o curso futuro do processo. Na questão similar do impedimento temporário à persecução penal do Congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar: deixa-se, no entanto, de dar força de decisão à aplicabilidade, no caso, da mesma solução, à falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito." (HC 83.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-9-03, DJ de 21-11-03).

3.8. Auxiliares do Presidente da República

Os auxiliares diretos do Presidente da República são chamados de Ministros de Estado, escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. São livremente nomeados e exonerados pelo Presidente.

Além de outras atribuições conferidas pela Constituição e por lei, os Ministros de Estado têm competência para: (I) exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de

111. "A norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal. O Presidente da República não dispõe de imunidade, quer em face de ações judiciais que visem a definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer, ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária." (Inq 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-92, DJ de 16-4-93).

112. "A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, § 4º, o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República. O Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados *in officio* ou cometidos *propter officium*, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a *persecutio criminis*, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos Deputados." (Inq 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-92, DJ de 16-4-93).

sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; (II) expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; (III) apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; (IV) praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

3.9. Órgãos de Consulta do Presidente da República

A Constituição de 1988 criou os chamados *órgãos de consulta* do Presidente da República para determinados assuntos considerados relevantes. Entre esses órgãos figuram o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, previstos, respectivamente, nos arts. 89 e 91.

3.9.1. Conselho da República

O Conselho da República é *órgão superior de consulta* do Presidente da República e a ele compete pronunciar-se sobre: (I) intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; e (II) as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Dele participam: (I) o Vice-Presidente da República; (II) Presidente da Câmara dos Deputados; (III) o Presidente do Senado Federal; (IV) os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; (V) os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; (VI) o Ministro da Justiça; (VII) seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

A Lei federal nº 8.041/90 disciplinou a organização e o funcionamento do Conselho da República.

3.9.2. Conselho de Defesa Nacional

O Conselho de Defesa Nacional é *órgão de consulta* do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, competindo-lhe especialmente: (I) opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; (II) opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; (III) propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; (IV)

estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

O Conselho de Defesa Nacional compõe-se dos seguintes membros natos: (I) o Vice-Presidente da República; (II) o Presidente da Câmara dos Deputados; (III) o Presidente do Senado Federal; (IV) - o Ministro da Justiça; (V) o Ministro de Estado da Defesa; (VI) - o Ministro das Relações Exteriores; (VII) o Ministro do Planejamento; e (VIII) os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

A Lei federal nº 8.183/91 disciplinou a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

4. DO PODER JUDICIÁRIO

4.1. A função jurisdicional do Estado

Como sabido, a *jurisdição*¹¹³ é atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função *judicial* ou *jurisdicional*. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é inicialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar¹¹⁴ suas próprias decisões na persistência do conflito.

Como função do Estado de declarar, criar e realizar o direito diante de uma situação jurídica controvertida visando solucioná-la, a jurisdição é uma atividade *secundária* (pois através dela o Estado realiza uma atividade que deveria ter sido *primariamente* e espontaneamente exercida pelas partes), *instrumental* (pois é o meio ou instrumental de que o próprio direito dispõe

113. Entre os processualistas há uma tendência em conceituar jurisdição *conciliando* as posições clássicas de Chiovenda e Carnelutti. Para Chiovenda, jurisdição é a "função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva" (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 03). Já para Carnelutti, a jurisdição é uma função que busca a "justa composição da lide" (*Estudios de Derecho Procesal*, v. II, p. 05). Entre os autores que buscam uma posição conciliatória, afirmando que jurisdição é uma função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide, citem-se Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I, p. 67; Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. I, p. 167 e Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, V. I, p. 37.

114. É verdade, pois segundo Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 11, a jurisdição "não compreende apenas a função de decidir qual o direito em um determinado caso, mas abrange também a atividade de tornar efetivo o direito reconhecido, o que se faz através da execução da sentença". Nesse sentido, G. Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 26 e ss.

para impor-se à obediência de todos), *desinteressada* (pois a jurisdição não cede a nenhum dos interesses envolvidos, mas tão-somente ao direito que visa declarar, criar ou executar) e *provocada* (é atividade inicialmente inerte, dependente de ser suscitada por quem tenha interesse e legitimidade)¹¹⁵, que alguns Órgãos do Estado exercem, visando remover e solucionar uma situação-obstáculo¹¹⁶ posta por fato do homem ou por fato da lei, que não pôde ser resolvida por iniciativa dos próprios interessados.

A diversidade das situações-obstáculo a remover e solucionar determina, por seu turno, a diversidade da jurisdição, apesar desta ser una e indivisível. De interesse, no entanto, a distinção da jurisdição, quanto à matéria, que pode ser ordinária e constitucional. Nesse passo, a jurisdição constitucional deve ser compreendida como uma função responsável pela remoção e solução dos conflitos de natureza constitucional, enquanto a jurisdição ordinária cuidaria de todos os demais conflitos, ostentando uma natureza residual. Para nós, a *matéria de natureza constitucional* é aquela que tem por parâmetro imediato a defesa da Constituição, abrangendo propriamente a atividade de fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, os conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais e entidades políticas da Federação, além da proteção dos direitos fundamentais¹¹⁷. E a jurisdição constitucional é aquela função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição¹¹⁸, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça. Para a mesma direção apontam as lições de José Alfredo de Oliveira Baracho, segundo o qual a jurisdição constitucional é “a

115. Conforme, aliás, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. I, p. 36-37.

116. J. J. Calmon de Passos, “Teoria Geral do Processo I”. In: *Curso de Especialização em Direito Processual*. Módulos 1.3 e 1.4, para uso exclusivamente acadêmico, p. 10 e 17.

117. Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 23-26. Segundo o autor, “Todas estas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, decerto, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”. O autor é claro quando esclarece que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não se identifica com a jurisdição constitucional, pois esta é mais ampla e compreende aquele. Referindo-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, que é o objeto de sua investigação nesta sua obra, diz Cappelletti: “Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’ e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes” (p. 23-24); HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, p. 167; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 14 e VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Temas de Direito Público*, p. 110.

118. CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, p. 258. O autor ainda inclui no conceito de jurisdição constitucional a atividade de interpretação da Constituição, apesar de, por meio dessa atividade, não se investigar qualquer violação à Constituição.

parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado”¹¹⁹.

Cumprido ao Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, o exercício desta importante função, hoje não mais circunscrita à composição e solução de meros conflitos de natureza intersubjetiva, pois abrange, numa visão mais ampla e contemporânea, as controvérsias de natureza coletiva e de caráter constitucional, destinando-se à garantia do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos fundamentais e dos valores constitucionais.

4.2. Órgãos do Poder Judiciário

De acordo com o art. 92 da Constituição Federal, são órgãos do Poder Judiciário brasileiro:

I – o Supremo Tribunal Federal.

IA – o Conselho Nacional de Justiça.

II – o Superior Tribunal de Justiça.

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho.

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais.

VI – os Tribunais e Juízes Militares.

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Tais órgãos tiveram a sua estrutura e competência definidas na Constituição em seções próprias.

O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal; já o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. Isso porque o Conselho Nacional de Justiça, em que pese integrar a estrutura do Poder Judiciário Nacional, não dispõe de função jurisdicional. E apesar de estar incluído em inciso desdobrado concernente ao Supremo Tribunal Federal (inciso I-A), a este não integra. Aliás, cumprirá ao Pretório Excelso processar e julgar as ações intentadas contra o Conselho Nacional de Justiça (art. 102, I, “r”).

119. *Processo Constitucional*, p. 97.

4.3. O Estatuto da Magistratura

O Estatuto da Magistratura consiste num conjunto de normas constitucionais e legais, destinadas à disciplina da carreira da magistratura, forma e requisitos de acesso, critérios de promoção, aposentadoria, subsídio, vantagens, direitos, deveres, responsabilidades, impedimentos e outros aspectos relacionados à atividade do magistrado. Em consonância com o art. 93 da Constituição, lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o *Estatuto da Magistratura*¹²⁰, observados os seguintes princípios¹²¹:

- I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Inicialmente, o Conselho Nacional de Justiça havia editado a **Resolução nº. 11, de 31 de janeiro de 2006**, regulamentando o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura nacional.

Tal Resolução havia considerado como atividade jurídica aquela exercida com *exclusividade por bacharel em Direito*, bem como o *exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior*, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, independentemente de serem privativos de bacharel em direito, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau (Art. 2º). Ademais, havia previsto como atividade jurídica os *cursos de pós-graduação na área jurídica* reconhecidos (a) pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados de que tratam o artigo 105, parágrafo único, I, e o artigo 111-A, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal, ou (b) pelo Ministério da Educação, desde que, em ambas as hipóteses, integralmente concluídos com aprovação (Art. 3º).

120. Ainda não foi editada a lei complementar dispoendo sobre o Estado da Magistratura a que se refere o art. 93. Nesse caso, como já decidiu o STF: "Até o advento da lei complementar prevista no artigo 93, caput, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar n. 35/79, que foi recebida pela Constituição." (ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-3-05, DJ de 13-5-05). No mesmo sentido: ADI 2.580, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26-9-02, DJ de 21-2-03; AO 185, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-6-02, DJ de 2-8-02.

121. "A aplicabilidade das normas e princípios inscritos no art. 93 da Constituição Federal independe da promulgação do Estatuto da Magistratura, em face do caráter de plena e integral eficácia de que se revestem aqueles preceitos." (ADI 189, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-91, DJ de 22-5-92).

Todavia, a Resolução nº 11/2006 foi integralmente revogada pela Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, que dispôs sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. A Resolução nº 75/2009 deu nova definição de atividade jurídica, excluindo de seu âmbito os Cursos de Pós-graduação na área jurídica. Contudo, assegurou o cômputo de atividade jurídica decorrente da conclusão, com frequência e aproveitamento, de curso de pós-graduação comprovadamente *iniciado antes* da entrada em vigor da Resolução (art. 90 da Resolução nº 75/2009¹²²).

Em conformidade com a Resolução nº 75/2009, o pedido de inscrição, assinado pelo candidato, será instruído com certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função, *exercida após* a obtenção do grau de bacharel em Direito. Assim, *somente será computada a atividade jurídica posterior à obtenção do grau de bacharel em Direito*. Ademais, também deve instruir o pedido de inscrição o formulário fornecido pela Comissão de Concurso, em que o candidato especificará as atividades jurídicas desempenhadas, com exata indicação dos períodos e locais de sua prestação bem como as principais autoridades com quem haja atuado em cada um dos períodos de prática profissional, discriminados em ordem cronológica (Art. 58).

O art. 59 da Resolução nº 75/2009, considera atividade jurídica: I – aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito; II – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas; III – o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, independentemente de serem privativos de bacharel em direito; IV – o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano; e V – o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

A Resolução vedou, para efeito de comprovação de atividade jurídica, a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à

122. "Art. 90. Fica revogada a Resolução nº 11/CNJ, de 31 de janeiro de 2006, assegurado o cômputo de atividade jurídica decorrente da conclusão, com frequência e aproveitamento, de curso de pós-graduação comprovadamente iniciado antes da entrada em vigor da presente Resolução".

obtenção do grau de bacharel em Direito. Assim, a resolução *excluiu* a atividade jurídica exercida pelo estudante como estagiário de direito.

Dispôs que a comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

Por fim, exigiu que a comprovação do período de três anos de atividade jurídica de que trata o artigo 93, I, da Constituição Federal, deva ser realizada por ocasião da *inscrição definitiva no concurso* (Art. 23, § 1º, *a*), o que **afasta o entendimento de que a comprovação poderia ser no momento da posse no cargo**. Discordamos, nesse particular, da resolução¹²³.

É importante ressaltar que o ingresso na magistratura mediante concurso público se limita à magistratura de *carreira*, que compreende os juízes (substitutos e titulares) e os desembargadores dos Tribunais inferiores dos Estados e do Distrito Federal (Tribunais de Justiça) e da União (Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho). Estão fora da *carreira* da magistratura os desembargadores que ingressaram nos Tribunais por meio do quinto constitucional (art. 94, da CF/88) e os ministros dos Tribunais Superiores que ingressaram na forma prevista na Constituição (ressalvados os ministros oriundos da carreira, que também podem ser nomeados para as Cortes Superiores). Estes desembargadores e ministros, conquanto sejam magistrados, não ingressam através de concurso público e não fazem parte de uma carreira da magistratura, que somente envolve os magistrados dos primeiro e segundo graus de jurisdição (no segundo grau, onde figuram os Tribunais inferiores, não integram a carreira os desembargadores que ingressaram pelo quinto, conforme o art. 94 da CF/88).

O ingresso na carreira da magistratura se dá no cargo inicial de juiz substituto. A partir daí, o magistrado seguirá na carreira, por meio da promoção, podendo ascender aos cargos de juiz titular e desembargador de Tribunal.

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

123. Vide DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR e CARLOS RÁTIS. EC 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Salvador: Editora Juspodivm, 2005. "A comprovação deve ser exigida no momento da posse como já decidiu, reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça que editou a Súmula 266, com o seguinte teor: 'O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público'.

- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;
- d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;
- e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

O desenvolvimento do magistrado na carreira da magistratura se dá mediante *promoção*, que consiste na elevação funcional do magistrado dentro da carreira. A promoção ocorre, alternadamente, por antiguidade e merecimento, apurando-se na respectiva entrância tanto a antiguidade, como o merecimento (este em lista tríplice).

Visando a adoção de critérios objetivos para a avaliação do merecimento para promoção do magistrado, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 106, de 06 de abril de 2010, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Em conformidade com esta Resolução, as promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada, iniciando-se pelo magistrado votante mais antigo. O magistrado interessado na promoção dirigirá requerimento ao Presidente do Tribunal de 2º grau no prazo de inscrição previsto no edital de abertura do respectivo procedimento.

Contudo, em face do que dispõe a Resolução (art. 3º), são condições para concorrer à promoção e ao acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento:

- I - contar o juiz com no mínimo 2 (dois) anos de efetivo exercício, devidamente comprovados, no cargo ou entrância;

II - figurar na primeira quinta parte da lista de antiguidade aprovada pelo respectivo Tribunal;

III - não retenção injustificada de autos além do prazo legal.

IV - não haver o juiz sido punido, nos últimos doze meses, em processo disciplinar, com pena igual ou superior à de censura.

Não havendo na primeira quinta parte quem tenha os 02 anos de efetivo exercício ou aceite o lugar vago, poderão concorrer à vaga os magistrados que integram a segunda quinta parte da lista de antiguidade e que atendam aos demais pressupostos, e assim sucessivamente. A quinta parte da lista de antiguidade deve sofrer arredondamento para o número inteiro superior, caso fracionário o resultado da aplicação do percentual. Porém, se algum integrante da quinta parte não manifestar interesse, apenas participam os demais integrantes dela, não sendo admissível sua recomposição.

Ainda dispõe a Resolução que as condições elencadas nos incisos I (contar o juiz com no mínimo 02 anos de efetivo exercício, devidamente comprovados, no cargo ou entrância) e II (figurar na primeira quinta parte da lista de antiguidade aprovada pelo respectivo Tribunal), acima transcritos, não se aplicam ao acesso aos Tribunais Regionais Federais. A propósito disto, vem o Supremo Tribunal Federal decidindo que "(...) é inaplicável a norma do art. 93, II, *b*, da Constituição Federal à promoção de juízes federais, por estar esta sujeita apenas ao requisito do implemento de cinco anos de exercício, conforme o disposto no art. 107, II, da Carta Magna (...)" (MS 23.337, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 4-10-2000, Plenário, DJ de 19-12-2001.) "Ato administrativo consistente na elaboração de lista triplíce para preenchimento do cargo de desembargador federal. Não ocorrência de violação à decisão do STF na ADI 581/DF, que se refere unicamente à promoção de juízes no âmbito da Justiça do Trabalho. Inaplicação do art. 93, II, *b*, da Constituição Federal à promoção de juízes federais, por estar sujeita somente ao requisito do implemento de 5 (cinco) anos de exercício no cargo de juiz federal substituto. Precedentes." (Rcl 5.298-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-9-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008.).

Por fim, merece destaque a exigência da Resolução no sentido de que, na votação, os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos à: I - desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional); II - produtividade (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional); III - presteza no exercício das funções; IV - aperfeiçoamento técnico; V - adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional. A avaliação desses critérios deverá abranger, no mínimo, os últimos 24 meses de exercício (art. 4º).

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.

A CF/88 também se preocupou com a promoção dos magistrados para os Tribunais de segundo grau. Também exigiu, como critérios de promoção, alternadamente, a antiguidade e o merecimento, que devem ser apurados na última ou única entrância.

A Resolução do CNJ n. 106, de 06 de abril de 2010, também se aplica para aferição do merecimento para o acesso dos Magistrados aos Tribunais de 2º grau. Nesse sentido já decidiu o STF: "Promoção por merecimento. Acesso ao cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça. Art. 93, II, *b*, e III, da Constituição da República. Exigência de integrar o magistrado a primeira quinta parte da lista de antiguidade. (...) Necessidade de observância da norma inserta no art. 93, II, *b*, da Constituição da República para a promoção por merecimento ao cargo de desembargador. (...)" (SS 3.457-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 14-2-2008, Plenário, DJE de 28-3-2008.).

Também já decidiu o STF que "A promoção de juízes para o Tribunal de Justiça local ocorre de acordo com o surgimento das vagas, alternando-se os critérios de antiguidade e merecimento para provimento dos cargos. Esse sistema não se confunde com a promoção de entrância, em que há uma lista das varas a serem providas por merecimento e outra destinada ao provimento por antiguidade. A combinação dos sistemas, aplicando-se os preceitos da promoção de entrância à promoção para o Tribunal, é impossível." (AO 1.499, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-5-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.)

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos

Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º¹²⁴.

VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40.

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal.

124. Vide recente e polêmica decisão do STF, na ADI 3.854-MC, voto do Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-2-07, DJ de 29-6-07: "Como se vê, é do próprio sistema constitucional que brota, nítido, o caráter nacional da estrutura judiciária. E uma das suas mais expressivas e textuais reafirmações está precisamente – e não, por acaso – na chamada regra de escalonamento vertical dos subsídios, de indiscutível alcance nacional, e objeto do art. 93, inc. V, da Constituição da República, que, dispondo sobre a forma, a gradação e o limite para fixação dos subsídios dos magistrados não integrantes dos Tribunais Superiores, não lhes faz nem autoriza distinção entre órgãos dos níveis federal e estadual, senão que, antes, os reconhece a todos como categorias da estrutura judiciária nacional: (...) Interpretando esta mesma norma, conquanto ao propósito de lei estadual editada sob o pálio da redação anterior do art. 37, XI, da Constituição da República, esta Corte já havia assentado, com ênfase, como lembrou a autora, que o preceito se radica exatamente no caráter nacional do Poder Judiciário, (...). Parafraseando S. Ex^a, eu diria que o escalonamento nacional, inspirado no caráter nacional do Poder Judiciário, é, com tão boas razões constitucionais, reflexo da estrutura unitária da magistratura e, como tal, é também não menos incompatível com a idéia de subordinação da remuneração dos seus membros a tetos diversos, enquanto dependentes da só condição empírica da natureza da categoria, federal ou estadual, a que pertençam, ainda que a distinção advinha de emenda constitucional suprema. A entender-se outro modo, um dos resultados práticos é que, em relação às categorias federais dessa mesma estrutura judiciária nacional, não poucos casos haverá em que, perante o limite máximo do subsídio dos magistrados, correspondente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do valor do subsídio dos Ministros desta Corte (art. 93, inc. V), será lícito somarem-se vantagens de caráter pessoal, até o valor do teto remuneratório equivalente ao valor do subsídio mensal dos membros desta Corte (art. 37, inc. XI, 1ª parte). Já, na variante estadual daquela mesma estrutura, coincidindo o teto remuneratório com o sub-teto do subsídio, limitados ambos a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do valor subsídio dos Ministros desta Casa (art. 37, inc. XI, 2ª parte, cc. art. 93, inc. V), nenhuma verba retributiva poderá ser acrescida aos vencimentos dos servidores. Não se trata aqui de avaliar qual, dentre ambas as situações, tomadas como alternativas teóricas, seria, do ponto de vista do interesse público, a forma mais conveniente de limitação das remunerações no âmbito do Poder Judiciário, senão apenas de notar-lhes a perceptível arbitrariedade da distinção constitucional derivada, à luz do mandato da igualdade na formulação do Direito e, em particular, das regras postas da isonomia, na medida em que, sem 'ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual'⁶, implicam regimes jurídico-pecuniários diferenciados para os servidores integrantes da estrutura judiciária, que, perante a mesma Constituição, é unitária e nacional. Se a Constituição da República estipula idênticos princípios e normas fundamentais para modelagem de toda a magistratura, com plena abstração das várias categorias de Justiça à que estejam seus membros vinculados, sobretudo no delicado tema de disciplina dos subsídios (art. 93, inc. V), não se descobre, dentre todas as razões passíveis de serem consideradas em termos de valoração e argumentação jurídico-normativa, nenhuma que seja suficiente para fundamentar e justificar permissão para tão desconcertante desigualdade no seio da mesmíssima instituição de caráter nacional e unitário. Se, para usar a terminologia do texto constitucional mesmo (art. 93, V), a mera diversidade das respectivas categorias da estrutura judiciária nacional não legitima, como critério teórico de diferenciação, quebra do modelo unitário de escalonamento vertical dos subsídios dos magistrados, válido em nível federal e estadual, então não pode tampouco, como razão suficiente, legitimar fratura do modelo quanto a um aspecto secundário da temática dos vencimentos, que é o limite máximo da remuneração!"

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

VIII-A – a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso II.

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

4.4. As Garantias do Poder Judiciário

Em razão da indiscutível importância da qual se reveste a função jurisdicional, notadamente pela sua destinação de garantia dos valores mais caros à pessoa humana, destaca-se a relevância do Poder Judiciário enquanto

Poder do Estado responsável por tão elevada missão. Daí a necessidade de se dotar esse poder de fortes garantias constitucionais indispensáveis à sua atuação livre, autônoma e independente. Essas garantias podem ser classificadas em:

- a) *Garantias funcionais (as chamadas garantias da magistratura)*, que asseguram a *independência* e a *imparcialidade* dos membros do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional; e
- b) *Garantias institucionais*, as que assistem o próprio Poder Judiciário como instituição política fundamental no Estado Democrático de Direito, e que compreendem as *garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira*.

As *garantias funcionais ou da magistratura*, que se destinam a assegurar a independência e imparcialidade dos Juízes, estão previstas no art. 95 da Constituição e podem ser assim dispostas:

- a) garantias de independência dos juízes:
 - *vitaliciedade*;
 - *inamovibilidade*;
 - *irredutibilidade de subsídios*.
- b) garantias de imparcialidade dos juízes, que se expressam por meio das seguintes *vedações*:
 - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério¹²⁵;

125. O CNJ editou a *Resolução n. 34*, de 24 de abril de 2007, *dispondo sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional*, nos seguintes termos: "Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério. Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal. Art. 2º O exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, como tais considerados aqueles que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, será admitido se atendidos os requisitos previstos no artigo anterior. § 1º É vedado o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino. § 2º O exercício da docência em escolas da magistratura poderá gerar direito a gratificação por hora-aula, na forma da lei. § 3º Não se incluem na vedação referida no § 1º deste artigo as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades. Art. 3º O exercício de qualquer atividade docente deverá ser comunicado formalmente pelo magistrado ao órgão competente do Tribunal, com a indicação do nome da instituição de ensino, da(s) disciplina(s) e dos horários das aulas que serão ministradas. § 1º No prazo máximo de 90 (noventa) dias contados da data da publicação desta Resolução, os tribunais deverão expedir ofícios a seus magistrados, para que informem acerca do

- receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- dedicar-se à atividade político-partidária;
- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
- exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Pela *vitaliciedade*, o Juiz, após dois anos de exercício (no primeiro grau), só pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Antes dos dois anos, estando o magistrado no período de estágio probatório, a perda do cargo pode operar-se por deliberação do Tribunal a que o Juiz estiver vinculado. Nos Tribunais, a *vitaliciedade* é automática com a posse no cargo, não havendo estágio probatório. Mas cumpre ressaltar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mesmo vitalícios, podem perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso II e parágrafo único da CF, em julgamento por crime de responsabilidade (processo de *impeachment*).

A garantia da *inamovibilidade* proíbe que os Juizes sejam removidos do local em que se encontram, mesmo sob a forma de promoção, sem o seu consentimento, salvo motivo de interesse público, em decisão por voto da

exercício de cargo ou função de magistério e respectivos horários. § 2º Verificada a presença de prejuízo para a prestação jurisdicional em razão do exercício de atividades docentes, o Tribunal, por seu órgão competente, determinará ao magistrado que adote de imediato as medidas necessárias para regularizar a situação, sob pena de instauração do procedimento administrativo disciplinar cabível, procedendo a devida comunicação em 24 horas. § 3º Verificado o exercício de cargo ou função de magistério em desconformidade com a presente Resolução, e, excluída a hipótese do parágrafo anterior, o Tribunal, por seu órgão competente, ouvido o magistrado, fixará prazo para as adequações devidas, observado o prazo máximo de 06 (seis) meses. Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação. Art. 5º Os Tribunais deverão informar ao Conselho Nacional de Justiça, ao início de cada ano judiciário, a relação nominal de magistrados que exercem a docência, com a indicação da instituição de ensino, da(s) disciplina(s) e dos horários das aulas que serão ministradas e as respectivas cargas horárias, sem prejuízo de outras informações. Art. 6º A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação". Vide STF: "Poderá ocorrer e, certamente, ocorre que o exercício de mais de uma função no magistério não importe em lesão ao bem privilegiado pela CF – o exercício da magistratura. A questão é a compatibilização de horários, que se resolve caso a caso. A CF, evidentemente, privilegia o tempo da magistratura que não pode ser submetido ao tempo da função secundária – o magistério. Assim, em juízo preliminar, entendendo deva ser suspensa a expressão 'único(a)' constante do art. 1º." (ADI 3.126-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-2-05, DJ de 28-2-05).

maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa. Entendemos que a garantia em tela refere-se não apenas à comarca ou seção judiciária, mas também à vara na qual o juiz serve, pois seria um desmedido abuso e manifesto desprezo ao princípio constitucional do juiz natural afastá-lo da vara contra a sua vontade, salvo nos casos de comprovado interesse público. A garantia da inamovibilidade não se traduz em benefício ao magistrado, mas em verdadeira proteção ao jurisdicionado, que tem o direito fundamental a uma prestação jurisdicional isenta e imune a qualquer pressão política, econômica e moral. Remover o juiz, ainda que substituto, contra a sua vontade, afastando-o de sua jurisdição na vara, a pretexto de conveniência da administração do Tribunal, além de medida incompatível, reitere-se, com o princípio do juiz natural, pode ser um expediente perigoso a ensejar práticas abusivas, em detrimento da independência funcional.

A *irredutibilidade de vencimentos*, por fim, almeja garantir aos magistrados a necessária tranquilidade para o exercício do cargo, protegendo-os de perseguições governamentais de natureza econômica. Essa garantia foi estendida a todos os servidores públicos pelo artigo 37, XV, da CF/88. O Supremo Tribunal Federal fixou o seu entendimento no sentido de que a irredutibilidade refere-se ao valor nominal, e não ao poder de compra da moeda, pelo que não pode haver reposição automática da inflação.

As *garantias institucionais* são conferidas pela Constituição aos Tribunais, dotando-os de *garantia de autonomia orgânico-administrativa*, que compreende a sua independência na organização e funcionamento de seus órgãos e serviços (autogoverno) e de *garantia de autonomia financeira*, que abrange a sua independência na elaboração das propostas orçamentárias e execução de seus orçamentos.

Assim, a *garantia de autonomia orgânico-administrativa*, prevista no art. 96 da Constituição, revela-se na competência privativa conferida: (I) aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto

os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; (II) ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; e (III) aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A respeito da competência dos Tribunais para propor ao Poder Legislativo respectivo a alteração da organização e da divisão judiciárias, decidiu o STF que o “Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. A leitura interpretativa do disposto no art. 96, I, *a* e *d*, II, *d*, da CF, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada.” (HC 91.024, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 5-8-2008, Segunda Turma, DJE de 22-8-2008.).

A *garantia de autonomia financeira*, tal como estabelecida no art. 99 da Constituição, consiste no poder que se atribuiu ao Judiciário de elaborar sua proposta orçamentária, em face do que: (I) os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias; anote-se que, em face do art. 168, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados ao Judiciário ser-lhe-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar. (II) o encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: a) no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; b) no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e

Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

4.5. Quinto Constitucional

No art. 94 a Constituição prevê a figura do quinto constitucional, que consiste na reserva de 1/5 das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios aos membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. O quinto constitucional também está previsto na composição do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I) e dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 115, I).

Segundo o STF, se o número total da composição do Tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público. (AO 493, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 6-6-00, DJ de 10-11-00).

Também decidiu o STF que o Tribunal pode recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do Tribunal. O que não pode é o Tribunal envolvido substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados. Vide parte da decisão da Suprema Corte: "O 'quinto constitucional' na ordem judiciária constitucional brasileira: fórmula tradicional, a partir de 1934 – de livre composição pelos tribunais da lista de advogados ou de membros do Ministério Público – e a fórmula de compartilhamento de poderes entre as entidades corporativas e os órgãos judiciários na seleção dos candidatos ao 'quinto constitucional' adotada pela Constituição vigente (CF, art. 94 e parágrafo único). Na vigente Constituição da República – em relação aos textos constitucionais anteriores – a seleção originária dos candidatos ao 'quinto' se transferiu dos tribunais para 'os órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia'—, incumbidos da composição

das listas sêxtuplas – restando àqueles, os tribunais, o poder de reduzir a três os seis indicados pelo MP ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do Chefe do Poder Executivo. À corporação do Ministério Público ou da advocacia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura de cujo provimento se cogita. Pode o Tribunal recusar-se a compor a lista tríplice dentre os seis indicados, se tiver razões objetivas para recusar a algum, a alguns ou a todos eles, as qualificações pessoais reclamadas pelo art. 94 da Constituição (v.g. mais de dez anos de carreira no MP ou de efetiva atividade profissional na advocacia.). A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de 'notório saber jurídico' ou de 'reputação ilibada': a respeito de ambos esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos Tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente. Essa transferência de poder não elide, porém, a possibilidade de o tribunal recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações." (MS 25.624, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6-9-06, DJ de 19-12-06).

Vide também: "Reclamação. Ordem dos Advogados do Brasil. Lista. Composição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recusa. Devolução. A devolução da lista apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil com clara indicação dos motivos que a suportaram não viola decisão desta Suprema Corte que, expressamente, ressaltou essa possibilidade 'à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário' (MS n. 25.624/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19-12-06)." (Rcl 5.413, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 10-4-08, DJE de 23-5-08).

4.6. Regime Constitucional dos Precatórios

Precatório judicial é uma ordem de pagamento emanada do Poder Judiciário e dirigida às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença condenatória transitada em julgada que impõe a estas entidades uma obrigação de pagar. Assim, em conformidade com o art. 100, *caput*, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

O regime de precatórios deve-se ao fato de que os bens públicos são impenhoráveis, devendo a execução da obrigação de pagar imposta às fazendas públicas seguir o procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal. Assim, transitada em julgado a sentença que condenou a fazenda pública à obrigação de pagar, deve o Presidente do Tribunal competente requisitar o pagamento, que será feito com a inclusão do valor correspondente no orçamento da fazenda pública devedora para liberação até o final do exercício financeiro. Assim, e em conformidade com a Constituição, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Em face do § 6º do art. 100, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

A EC 62, de 09 de dezembro de 2009, alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Entre as alterações, destacam-se as seguintes: 1) preferência no pagamento dos débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º (dispensa do precatório para pagamento de obrigação de pequeno valor), admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica

de apresentação do precatório trouxe; 2) previsão de abatimento do valor constante do precatório, no momento da sua expedição, independentemente de regulamentação, a título de compensação, da quantia correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial; para tanto, antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre tais débitos; 3) foi facultado ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado; 4) a partir da promulgação da EC 62, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios; 5) possibilidade de o credor ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando, porém, ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º (respectivamente, preferência no pagamento e dispensa de precatório); mas a cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora; todavia, o art. 5º do texto da Emenda convalidou todas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação da referida Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora; 6) a par do regime comum de precatórios, prevê que lei complementar poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação; e 7) a possibilidade de a União, a seu critério exclusivo e na forma de lei, assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

Para além disso, a EC 62/2009 inseriu o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o que regulou, até a edição de lei complementar, o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Em conformidade com esse art. 97 do ADCT, "Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na

quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.”

Em face do art. 97, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial optarão, por meio de ato do Poder Executivo (§ 1º): I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º do artigo; ou II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

De acordo com o § 2º, para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será: I - para os Estados e para o Distrito Federal: a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; II - para Municípios: a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

Por força do § 3º, entende-se como receita corrente líquida, para os fins do regime especial, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

Prevê o § 4º que as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 97 serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais. Os recursos depositados nesta contas especiais não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios devedores.

Já em conformidade com o § 6º do art. 97, pelo menos 50% dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitos do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitos de todos os anos. Nos casos em que não se possa estabelecer a precedência cronológica entre 2 (dois) precatórios, pagar-se-á primeiramente o precatório de menor valor.

Porém, ante o § 8º do art. 97, a aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente: I - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão; II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório; III - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

Os leilões de que trata o inciso I do § 8º do art. 97: I - serão realizados por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil; II - admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida

por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal; III - ocorrerão por meio de oferta pública a todos os credores habilitados pelo respectivo ente federativo devedor; IV - considerarão automaticamente habilitado o credor que satisfaça o que consta no inciso II; V - serão realizados tantas vezes quanto necessário em função do valor disponível; VI - a competição por parcela do valor total ocorrerá a critério do credor, com deságio sobre o valor desta; VII - ocorrerão na modalidade deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio, pelo maior percentual de deságio, podendo ser fixado valor máximo por credor, ou por outro critério a ser definido em edital; VIII - o mecanismo de formação de preço constará nos editais publicados para cada leilão; IX - a quitação parcial dos precatórios será homologada pelo respectivo Tribunal que o expediu.

Estabelece o § 10 do art. 97, que no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: I - haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado; II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem; III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa; IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora: a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno; b) ficará impedida de receber transferências voluntárias; V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos do art. 97.

Em face da EC 62/2009 foram propostas no STF as ADI 4357, ADI 4372, 4400 e ADI 4425, com as quais várias entidades impugnaram diversos de seus dispositivos. O relator das ações, Ministro Carlos Ayres Britto, na sessão

plenária de 06 de outubro de 2011, votou pela procedência parcial das ações diretas. Após o voto do Ministro Ayres Britto, que julgava parcialmente procedente as ações diretas, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

Enquanto não julgada a referida ação direta, ficam valendo as novas disposições da EC 62 relativas ao precatório e ao seu regime especial de pagamento pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No entanto, não se aplica o regime de precatórios aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Em harmonia com o § 4º do art. 100, na redação dada pela EC 62/2009, e para fins de definição de obrigação de pequeno valor, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. Ante o art. 2º, § 12, do texto da EC 62/2009, se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 da Constituição não estiver publicada em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação da referida Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de: I - 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal; II - 30 (trinta) salários mínimos para Municípios.

Mas já decidiu o STF que é possível o bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes: "A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes." (AI 553.712-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-09, 1ª Turma, DJE de 5-6-09).

4.7. Do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de Justiça no Brasil, cuja função maior é garantir a supremacia da Constituição. É o intérprete maior da Constituição, a quem compete dizer por último o Direito Constitucional. Todavia, não é um Tribunal Constitucional, seja porque a Constituição não

lhe reservou essa natureza, seja porque integra o Poder Judiciário, sendo em muitos casos órgão recursal.

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos (brasileiros natos, em face do art. 12, § 3º, IV) com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Segundo a Constituição, o STF dispõe de competência: (I) *originária* (nas hipóteses do art. 102, I); e (II) *recursal*, que, por sua vez, compreende o recurso (II1) *ordinário* (art. 102, II); e (II2) *extraordinário* (art. 102, III).

A competência originária do STF envolve questões de natureza penal e extrapenal.

Relativamente a *questões penais*, o STF tem competência originária para processar e julgar:

- 1) *nas infrações penais comuns, o Presidente da República*¹²⁶, *o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional*¹²⁷, *seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*.

Esta competência do STF decorre, exclusivamente, da *prerrogativa da função* das autoridades acima relacionadas. Tal competência cessa quando encerra a função que a determinou, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, não havendo aqui o fenômeno da *perpetuatio jurisdictionis*. Assim, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato – cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, *b* e *c*) – cessa, por conseguinte, a competência do Supremo, restando cancelada a Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913)¹²⁸.

126. "A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo competente de primeiro grau." (AO 859-QO, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-10-01, DJ de 1º-8-03)

127. "Competência Criminal. Originária. Parlamentar. Deputado federal. Inquérito policial. Crime eleitoral. Crime comum para efeito de competência penal original do Supremo. Feito da competência deste. Reclamação julgada procedente. Precedentes. Inteligência do art. 102, I, *b*, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que deputado federal é suspeito da prática de crime eleitoral." (Rcl 4.830, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-5-07, DJ de 15-6-07).

128. "Prerrogativa de foro – Excepcionalidade – Matéria de índole constitucional – Inaplicabilidade a ex-ocupantes de cargos públicos e a ex-titulares de mandatos eletivos – Cancelamento da Súmula

Cumpra ressaltar que, relativamente ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, a ação penal somente será recebida pelo STF depois da autorização da Câmara dos Deputados por voto de 2/3 de seus membros (CF/88, art. 86). Ademais, em face de sua imunidade temporária à persecução penal por crimes estranhos ao exercício da função, o Presidente da República, na vigência de seu mandato, somente responde por crimes funcionais, isto é, relacionados ao exercício de suas funções (CF/88, art. 86, § 4º).

- 2) *nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente*.

Quanto aos Ministros de Estado e aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, competência do STF limita-se às infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade *autônomos*. Isto porque, nos crimes de responsabilidade *conexos* com os cometidos pelo Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes Militares respondem, juntamente com o Presidente da República, perante o Senado Federal, nos termos do art. 52, I, CF¹²⁹.

394/STF – Não incidência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* – Postulado republicano e juiz natural – Recurso de agravo improvido. O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o STF, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, *b* e *c*). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o STF, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes." (Inq 1.376-AgrR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-2007, Plenário, DJ de 16-3-2007.) No mesmo sentido: RE 599.650, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 29-9-2009, Segunda Turma, DJE de 23-10-2009; Inq 2.010-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-5-2007, Plenário, DJE de 6-6-2008.

129. "O processo de *impeachment* dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo STF. Inaplicabilidade do disposto nos arts. 51, I e 52, I da Carta de 1988 e 14 da Lei 1.079/1950, dado que é prescindível autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração. Prevalência, na espécie, da natureza criminal desses processos, cuja apuração judicial está sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do MPF (CF, art. 129, I). Illegitimidade ativa *ad causam* dos cidadãos em geral, a eles remanesendo a faculdade

A competência do STF também abrange o processo e julgamento, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, dos Ministros do STJ, STM, TST e TSE; dos Ministros do TCU e dos agentes diplomáticos ocupantes de cargo de Chefia em missão diplomática permanente¹³⁰.

3) o "*habeas-corpus*", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nos itens anteriores.

O STF também tem competência para processar e julgar originariamente as ações constitucionais de *habeas corpus*, quando o paciente (beneficiário da ação) for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, STM, TSE e TST), os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Esta competência decorre do fato de, como estas autoridades respondem perante o STF pela prática das infrações penais comuns, caso venham a sofrer algum constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção em razão daquelas infrações, somente cabe ao Supremo, julgando o *habeas corpus*, reparar ou prevenir eventual ilegalidade ou abuso de poder.

Porém, anote-se que a presente competência é definida exclusivamente em razão da *condição do paciente*, independente de quem seja a autoridade coatora.

4) a *extradição solicitada por Estado estrangeiro*.

A competência do STF está limitada aos pedidos de extradição formulados por Estado estrangeiro. Cuida-se da chamada *extradição passiva*, que consiste numa demanda especial, deduzida por Estado estrangeiro perante o Estado brasileiro, que instaura no Supremo Tribunal uma contenciosidade limitada destinada a proceder a entrega do estrangeiro (ou do brasileiro naturalizado, nas hipóteses do art. 5º, LI, da CF/88¹³¹) ao Estado com

de noticiar os fatos ao *Parquet*." (Pet. 1.954, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-9-2002, Plenário, DJ de 1º-8-2003).

130. É importante distinguir, para o efeito da competência originária do STF, a missão diplomática de caráter *permanente* da missão diplomática de caráter *temporário*. Enquanto aquela se caracteriza pela permanência do agente diplomático no Estado estrangeiro (Estado acreditado), para lá representar o seu Estado (Estado acreditante), por tempo indeterminado, esta última se tipifica pela permanência do agente diplomático no Estado estrangeiro até concluir a sua missão, quando, após, retornará para o seu Estado. Somente o agente diplomático chefe de missão diplomática de caráter *permanente* tem foro por prerrogativa de função no STF.

131. (a) crimes comuns cometidos antes da naturalização e (b) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins praticado em qualquer momento, antes ou depois de obtida a naturalização (CF, art. 5º, LI).

competência para processá-lo e julgá-lo. Isto porque, a "ação de extradição passiva não confere, ao STF, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apoia. O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o STF. Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo STF, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro"¹³².

Tratando-se de extradição ativa, que é aquela formulada pelo Estado brasileiro junto ao Estado estrangeiro, não há o controle do STF, que sobre ela não exerce qualquer competência.

5) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

A competência do Supremo, quando o coator for Tribunal Superior, pressupõe a existência de decisão do *colegiado* do Tribunal Superior (STJ, STM, TSE e TST), não sendo suficiente mera decisão do relator¹³³. A propósito, segundo a súmula 691 do STF, *Não compete ao STF conhecer de habeas corpus*

132. Ext 1.082, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-2008, Plenário, DJE de 8-8-2008. No mesmo sentido: Ext 1.121, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2009, Plenário, DJE de 25-6-2010.

133. "Como a decisão impugnada foi proferida monocraticamente pelo Relator, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da CF, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal." (HC 100.882, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, DJE de 25-6-2010). No mesmo sentido: "A tese jurídica apresentada neste *habeas corpus* diz respeito a possível constrangimento ilegal praticado pelo STJ na decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo MP do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão da Corte estadual que negou seguimento a recurso especial (...). Inicialmente verifico que, no caso em tela, há obstáculo ao conhecimento do presente *habeas corpus*, pois não houve esgotamento da jurisdição do STJ, eis que o ato impugnado é mera decisão monocrática, e não julgamento colegiado do STJ. Não há notícia acerca da interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática e, portanto, não há como conhecer deste *writ*." (HC 96.471, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.) Vide também: HC 95.978-AgrR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010.

impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar¹³⁴.

Ademais, o STF cancelou a súmula 690, que previa a competência originária da própria Corte para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais. O Plenário do STF, no julgamento do HC 86.834, decidiu que a competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Turma Recursal de Juizado Especial Criminal é definida em razão dos envolvidos – paciente e impetrante. “Competência – *Habeas corpus* – Definição. A competência para o julgamento do *habeas corpus* é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante. Competência – *Habeas corpus* – Ato de turma recursal. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do Tribunal de Justiça ou do TRF, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os *habeas* impetrados contra ato que tenham praticado. Competência – *Habeas corpus* – Liminar. Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente.” (HC 86.834, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-8-2006, Plenário, DJ de 9-3-2007.) No mesmo sentido: HC 85.240, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-2-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008; HC 86.026-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-9-2006, Primeira Turma, DJ de 20-10-2006.

6) a revisão criminal de seus julgados.

Relativamente a questões extrapenais, o STF tem competência originária para processar e julgar:

134. “A jurisprudência do STF, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, *hic et nunc*, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes.” (HC 91.078-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-5-2007, Segunda Turma, DJ de 5-10-2007.) No mesmo sentido: HC 102.685-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-8-2010, Segunda Turma, DJE de 27-8-2010; HC 103.273, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, DJE de 30-4-2010; HC 94.411, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009; HC 99.601-AgR, Marco Aurélio, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 20-11-2009; HC 89.681, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-10-2009, Segunda Turma, DJE de 2-2-2007; HC 91.989, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 21-11-2006, Primeira Turma, DJ de 31-10-2007; HC 92.891, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-9-2007, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; HC 95.688, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-9-2008, Segunda Turma, DJE de 26-9-2008; HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008. Vide: HC 100.082-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-12-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009.

1) as ações diretas de Controle Concentrado de Constitucionalidade.

A competência do Supremo Tribunal Federal compreende o processo e julgamento da (a) Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (ADI por ação); (b) da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal (ADI por omissão); (c) da Representação para fins de intervenção federal (ADI interventiva); (d) da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC) e (e) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), inclusive, nestas ações, os pedidos de medida cautelar.

No julgamento destas ações constitucionais, o STF exerce o controle abstrato ou em tese de constitucionalidade das leis ou atos estatais, objetivando a garantia da supremacia da Constituição Federal.

2) o mandado de segurança e o “*habeas-data*” contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

A propósito desta competência, decidiu o STF que não compete à Corte Suprema, mas à Justiça Federal de 1º grau, conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato, omissivo ou comissivo, praticado, não pela Mesa, mas pelo próprio presidente da Câmara dos Deputados (MS 23.977, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 12-5-2010, Plenário, DJE de 27-8-2010.) **Vide também:** MS 24.099-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 7-3-2002, Plenário, DJ de 2-8-2002. Também merece registro a seguinte decisão do Supremo: “Mandado de segurança. Questão de ordem. Competência originária do STF. Nomeação para vaga em TRT. Lista sêxtupla da seccional da OAB. Precedente do STF em que se constata a existência de conflito federativo resultante de controvérsia entre tribunal de justiça estadual e a OAB sobre formação de lista para nomeação de magistrado pelo quinto constitucional. Inaplicabilidade do precedente ao caso: controvérsia entre órgão e entidade federais. Ainda que a nomeação de magistrados pelo quinto constitucional seja ato complexo, a impetração é dirigida contra ato do TRT. Ilegitimidade passiva do Presidente da República. Circunstância especial do caso, configurada pela retirada, pela própria OAB, da lista rejeitada pelo TRT. Questão de ordem resolvida determinando-se a remessa da impetração ao TRT da 1ª Região, para que decida como entender de direito.” (MS 26.438-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 29-10-2007, Plenário, DJE de 28-3-2008). **No mesmo sentido:** MS 26.787-QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 29-10-2007, Plenário, DJE de 28-3-2008.

- 3) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território.
- 4) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Com esta competência, o STF passa a ostentar a natureza de *Tribunal da Federação*, razão porque, não obstante a redação literal do preceito constitucional em comento, o STF somente reconhece a sua competência nesta matéria quando caracterizado o *conflito federativo*, que é aquele conflito qualificado pelo potencial risco de comprometer a harmonia do pacto federativo.

Nesse sentido, conferir o seguinte julgado: “A Constituição da República confere ao STF a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, f), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes.” (ACO 1.048-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 31-10-2007). Vide também: “Ação movida por empresa pública estadual (Suape – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros) contra autarquia federal (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq). Pretensão da empresa pública estadual à imediata revisão de outorga para exploração de serviço portuário concedido pela União. Caracterizado o potencial conflito federativo, tendo em vista: (i) o significativo impacto patrimonial a ser suportado pela União ou pelo Estado de Pernambuco, conforme o desfecho da controvérsia; (ii) a relevância federativa da controvérsia, por opor-se à pretensão do Estado-membro a atuação administrativa de autarquia federal em matéria compreendida em competência privativa da União – CF, art. 21, XII, f. Precedentes.” (Rcl 2.549, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-3-2006, Plenário, DJ de 10-8-2006.) e “Inscrição de Estado-membro no Sistema Integrado da Administração Financeira – Siafi e no CAUC. Óbice à celebração de novos acordos, convênios e operações de crédito. Proximidade do término do prazo para realização de empenho por parte da União. Suspensão do registro de inadimplência (...). O STF tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais a União, valendo-se de registros de supostas

inadimplências dos Estados no Siafi e no Cadastro de Créditos não quitados do setor público federal – Cadin, impossibilita sejam firmados acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre Estados e entidades federais. O registro da entidade federada por suposta inadimplência nesses cadastros federais pode sujeitá-la a efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos. Em sede de cognição primária e precária, estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.” (AC 2.200-REF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 27-2-2009.) No mesmo sentido: AC 2.032-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-5-2008, Plenário, DJE de 20-3-2009. Também com base neste preceito, compete ao STF dirimir conflito negativo de atribuição entre representantes do Ministério Público de Estados diversos. (Pet 3.631, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-12-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008).

Com base neste preceito, o STF reconheceu a sua competência para processar e julgar o conflito de atribuições entre o MPF e o MP estadual. Com efeito, no julgamento da Pet 3.528, alterando o entendimento firmado na Pet 1.503, o Plenário do STF reconheceu a própria competência para a solução de conflito de atribuições entre o MPF e o MP estadual¹³⁵.

5) a ação rescisória de seus julgados.

A competência originária do STF, para processar e julgar a ação rescisória de seus julgados, somente se verifica se a Corte tiver apreciado a questão controvertida, ainda que não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou tenha negado provimento ao agravo. Assim, o que é fundamental para determinar a competência do Supremo é haver apreciado a questão controvertida, de modo que, examinada a pretensão, o julgamento da Corte substitui o julgado das instâncias recorridas.

Nesse sentido, dispõe a súmula 249 do STF, segunda a qual *É competente o STF para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida*¹³⁶.

135. “Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o MPF e o MP estadual. Conflito negativo de atribuições – MPF versus MP estadual – Roubo e descaminho. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do MP estadual para o Federal.” (Pet 3.528, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2005, Plenário, DJ de 3-3-2006.) No mesmo sentido: ACO 1.109, ACO 1.206, ACO 1.241, ACO 1.250, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 5-10-2011, Plenário, Informativo 643; ACO 1.281, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2010, Plenário, DJE de 14-12-2010; Pet 4.574, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11-3-2010, Plenário, DJE de 9-4-2010; ACO 853, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-3-2007, Plenário, DJ de 27-4-2007.

136. Conferir: “Do preceito veiculado pelo art. 512 do CPC decorre que o pedido rescisório deve referir-se à última decisão de mérito proferida na causa. O acórdão prolatado (...) substituiu a decisão

Porém, se a questão apreciada pelo STF for diversa da questão posta na ação rescisória, não tem a Corte a competência para processá-la e julgá-la, conforme prescreve a súmula 515, em face da qual *A competência para a ação rescisória não é do STF, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.*

6) *a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.*

A reclamação para a garantia da autoridade das decisões do STF pressupõe o efeito vinculante das decisões. Assim, não cabe reclamação constitucional para questionar violação a súmula do STF destituída de efeito vinculante, de modo que as atuais súmulas singelas do STF somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços dos Ministros da Corte e publicação na imprensa oficial (art. 8º da EC 45/2004) (Rcl 3.284-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-7-2009, Plenário, DJE de 28-8-2009). No mesmo sentido: Rcl 6.483-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-9-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009; MS 27.115-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-9-2008, Plenário, DJE de 18-9-2009; Rcl 3.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-5-2006, Plenário, DJ de 2-6-2006. Vide: Rcl 3.084, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 29-4-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2009.

Também não cabe reclamação quando utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a jurisprudência desta Suprema Corte, em situações nas quais os julgamentos do STF não se revistam de eficácia vinculante, exceto se se tratar de decisão que o STF tenha proferido em processo subjetivo no qual haja intervindo, como sujeito processual, a própria parte reclamante. (Rcl 4.381-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-2011, Plenário, DJE de 5-8-2011)

Ademais, “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do STF” (Conforme Súmula 734, do STF). Contudo, admite-se reclamação contra decisão que só transitou em julgado após seu ajuizamento, não se aplicando a Súmula 734

colegiada do Tribunal amazonense ao apreciar a questão federal controvertida, ainda que a conclusão seja pelo não conhecimento do recurso. Incide, no caso, o teor da Súmula 249/STF. Se a questão federal foi examinada, ainda que repelida, a competência para a ação rescisória é do STF. Objeto de eventual rescisão seria o acórdão prolatado pelo STF, não o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Os argumentos apresentados no agravo regimental são insuficientes para desconstituir a decisão agravada. O pedido deduzido na ação é juridicamente impossível, dado que o acórdão que se pretende desconstituir não prevalece em face de julgado posterior dotado de efeito substitutivo.” (AO 1.489-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-11-2010, Plenário, DJE de 2-3-2011).

(Rcl 5.821-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-10-2009, Plenário, DJE de 26-3-2010).

Já decidiu o STF que “Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto.” (Rcl 6.078-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-4-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.) No mesmo sentido: Rcl 9.545-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 8-4-2010, Plenário, DJE de 14-5-2010; Rcl 8.454-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 9-12-2009, Plenário, DJE de 26-3-2010; Rcl 3.084, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 29-4-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2009; Rcl 447, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 16-2-1995, Plenário, DJ de 31-3-1995. Vide: Rcl 6.079-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-9-2009, Plenário, DJE de 9-10-2009.

7) *a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.*

A competência do STF para a execução de suas sentenças (acórdãos) se limita à execução das sentenças proferidas nas causas julgadas *originariamente* pela Corte, não em sede de recurso.

Isto porque, a competência para a execução pressupõe a competência originária para o conhecimento e julgamento da causa. Ainda que a causa seja julgada em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, a execução da sentença competirá ao órgão judicial que a decidiu originariamente, não à Suprema Corte. O STF só terá a presente competência executiva se foi ele o órgão que julgou originariamente a causa¹³⁷.

8) *a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.*

Conforme a jurisprudência do STF, “A competência prevista no art. 102, I, n, da CF se firma, apenas e tão somente, quando os impedimentos ou as suspeições dos membros do Tribunal de origem tenham sido reconhecidos, expressamente, nas exceções correspondentes, pelos próprios magistrados em relação aos quais são invocados; ou quando o STF, ao julgar as exceções,

137. “A ação cível originária é procedimento no qual o STF atua como instância originária prestando não só a tutela de conhecimento inicial como a própria prestação jurisdicional executiva, se for o caso, nos termos dos arts. 102, I, e, f e m, da CF e 247 e seguintes do RISTF” (RE 626.369-ED-ED, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-3-2011, Segunda Turma, DJE de 24-3-2011).

após esses magistrados as terem rejeitado, reconhecer situação configuradora de impedimento ou de suspeição, hipótese em que competirá à Suprema Corte julgar, originariamente, o processo principal. Alegação de impedimento e suspeição dos magistrados que participaram do julgamento anulado pelo STJ. Não se pode afirmar que há interesse dos magistrados no novo julgamento e que eles já possuam convicção formada em relação ao que é imputado ao excipiente pelo simples fato de terem participado do primeiro julgamento, posteriormente anulado pelo STJ. Impossibilidade de inferir-se a parcialidade de magistrados somente porque proferiram decisões em desfavor do excipiente. A prática de atos judiciais, tal como retratados, insere-se nos poderes do magistrado quanto à condução regular e normal do processo. A imparcialidade e a isenção da conduta funcional de magistrados não se alteram em razão de julgamento proferido. Inocorrência de impedimento e de suspeição dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso." (AO 1.517, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-10-2008, Plenário, *DJE* de 28-11-2008.) Vide: AO 1.498-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-11-2008, Plenário, *DJE* de 6-2-2009.

Sumulou o Supremo o entendimento segundo o qual, para fim da competência originária do STF, é de interesse geral da magistratura a questão de saber se, em face da LOMAN, os Juízes têm direito à licença-prêmio (Súmula 731). Também, em entendimento sumulado, posicionou-se o STF no sentido de que não gera por si só a competência originária do STF para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do Tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros (Súmula 623).

9) *os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.*

Apesar da dicção literal do preceito em comento, que afirma a competência do STF para dirimir os conflitos de competência entre o STJ e quaisquer tribunais, é importante anotar que não há conflito de competência entre o STJ e os Tribunais de Justiça, a determinar a presente competência julgadora do STF, tendo em vista a posição de hegemonia do STJ, que exerce, em face dos Tribunais de Justiça, uma competência de reexame.

Assim, conforme já decidiu o STF, "Não se revela processualmente possível a instauração de conflito de competência entre o STJ, de um lado, e os tribunais de Justiça, de outro, pelo fato – juridicamente relevante – de que o STJ qualifica-se, constitucionalmente, como instância de superposição em relação a tais Cortes judiciais, exercendo, em face destas, irrecusável

competência de derrogação (CF, art. 105, III). (...) A posição de eminência do STJ, no plano da organização constitucional do Poder Judiciário, impede que se configure, entre essa Alta Corte e os tribunais de Justiça, qualquer conflito, positivo ou negativo, de competência (RTJ 143/550), ainda que o dissenso se verifique entre decisão monocrática proferida por ministro relator desse Tribunal de índole nacional e julgamento emanado de órgão colegiado situado na estrutura institucional dos tribunais de Justiça." (CC 7.594-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-2011, Plenário, *DJE* de 29-9-2011).

10) *o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.*

A ação constitucional de mandado de injunção, prevista no art. 5º, LXXI, da CF/88, e destinada a garantir o imediato exercício de direito fundamental impedido em razão da falta de norma regulamentadora, é ação de controle *difuso* de constitucionalidade de omissão do Estado, que pode ser processada e julgada por qualquer Juiz ou Tribunal.

No entanto, quando a elaboração da norma regulamentadora omitida for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, a competência originária para o exame da ação é do Supremo Tribunal Federal.

11) *as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.*

Com a criação do CNJ e do CNMP pela EC n. 45/2004, foi atribuída ao STF a competência para processar e julgar originariamente as ações propostas contra estes dois Conselhos de controle.

No entanto, segundo o STF, não se inclui nesta sua competência o julgamento de ação popular, ainda quando nela se vise à declaração de nulidade do ato de qualquer um destes conselhos.

Vide o seguinte julgado: "Competência originária do Supremo Tribunal para as ações contra o CNJ e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, *r*, com a redação da EC 45/2004): inteligência: não inclusão da ação popular, ainda quando nela se vise à declaração de nulidade do ato de qualquer um dos conselhos nela referidos. Tratando-se de ação popular, o STF – com as únicas ressalvas da incidência da alínea *n* do art. 102, I, da

Constituição ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro – jamais admitiu a própria competência originária: ao contrário, a incompetência do Tribunal para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irroga a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual – a exemplo do Presidente da República – ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível – como sucede no mandado de segurança – ou na esfera penal – como ocorre na ação penal originária ou no *habeas corpus* – estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição. Essa não é a hipótese dos integrantes do CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público: o que a Constituição, com a EC 45/2004, inseriu na competência originária do Supremo Tribunal foram as ações contra os respectivos colegiado, e não, aquelas em que se questione a responsabilidade pessoal de um ou mais dos conselheiros, como seria de dar-se na ação popular.” (Pet 3.674-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-10-2006, Plenário, DJ de 19-12-2006).

Analisada a competência originária, segue o exame da competência recursal.

Em sede de *recurso ordinário*, compete ao STF julgar: 1) o “*habeas-corpus*”, o mandado de segurança, o “*habeas-data*” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; e 2) o crime político.

A Competência recursal ordinária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o “*habeas-corpus*”, o mandado de segurança, o “*habeas-data*” e o mandado de injunção pressupõe os seguintes requisitos: (a) que estas ações constitucionais tenham sido processadas e julgadas *originariamente* pelos Tribunais Superiores (TSE, STM, TST e STJ); e (b) que a decisão tenha sido *denegatória* (entendendo-se por denegatória tanto a decisão que aprecia o mérito da causa como a que, sem julgamento do mérito, extingue o processo¹³⁸). Assim, se as ações constitucionais (a) foram julgadas pelos Tribunais Superiores em grau de recurso, ou (b) mesmo tendo sido julgadas originariamente, mas se concessiva a decisão, não há a competência do Supremo.

Cumpra ressaltar que, para instaurar-se a competência recursal ordinária do STF (CF, art. 102, II, a), impõe-se que a decisão denegatória das ações

138. Conforme STF, Pleno, RMS 21.112-1-PR, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 29/06/90; RMS 25.669/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 01/08/2006; RMS 22.406/PE, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 13/03/96. Vide também: “Recurso. Ordinário. Admissibilidade. Interposição contra acórdão que não conheceu de pedido de mandado de segurança. Recurso conhecido. Precedentes. É admissível o recurso ordinário contra decisão que não conhece de pedido de mandado de segurança.” (RMS 25.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 12-8-2008, Segunda Turma, DJE de 7-11-2008).

constitucionais (HC, MS, HD e MI) resulte de *juízo colegiado*, proferido, em sede originária (isto é, em única instância), por Tribunal superior da União (TSE, STM, TST e STJ).

Assim, como já decidiu o STF, “tratando-se de decisão monocrática, emanada de Relator da causa mandamental, torna-se indispensável – para que se viabilize a interposição do recurso ordinário para a Suprema Corte – que esse ato decisório tenha sido previamente submetido, mediante interposição do recurso de agravo (agravo regimental), à apreciação de órgão colegiado competente do tribunal superior da União.” (RMS 24.237-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-4-2002, Segunda Turma, DJ de 3-5-2002). No mesmo sentido: RMS 26.373-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 6-3-2009.

E mediante *recurso extraordinário*¹³⁹, compete a Corte julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: 1) contrariar dispositivo da Constituição; 2) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; 3) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e 4) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em sede de recurso extraordinário, a competência do Supremo Tribunal Federal restringe-se às *questões jurídicas de direito constitucional*, não compreendendo matéria fática ou que demande reexame de prova¹⁴⁰, nem que envolva o exame de direito infraconstitucional¹⁴¹. Ademais, é indispensável

139. Vide sequência de súmulas sobre o cabimento do recurso extraordinário: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.” (SÚM. 634). “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.” (SÚM. 635). “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” (SÚM. 636). “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.” (SÚM. 637). “A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.” (SÚM. 638). “Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.” (SÚM. 639). “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por Turma Recursal de Juizado Especial Cível e Criminal.” (SÚM. 640). “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos Juizados Especiais.” (SÚM. 727). “A decisão na ação direta de constitucionalidade não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.” (SÚM. 729). “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.” (SÚM. 733). “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” (SÚM. 735). “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (Súmula 279, do STF).

141. “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais

para a admissibilidade do recurso extraordinário o *prequestionamento* da matéria constitucional, que consiste na exigência de a matéria posta no recurso extremo ter sido ventilada e objeto de pronunciamento na decisão do Tribunal de origem. O requisito do *prequestionamento* é exigência da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a qual *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*. Desse modo, é inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. Porém, a exigência do *prequestionamento* não impõe que a decisão recorrida mencione expressamente o dispositivo constitucional indicado como violado no recurso extraordinário, sendo suficiente, para a configuração do requisito, o enfrentamento da questão pelo juízo de origem¹⁴².

Mas o recurso extraordinário, observada as condições acima (*questões jurídicas de direito constitucional e prequestionamento*), pode ser interposto contra a decisão de qualquer órgão judicial que conhecer e julgar a causa, em única instância (originariamente) ou última instância (em grau de recurso), desde que a decisão recorrida se enquadre em uma das hipóteses acima indicadas e relacionadas no art. 102, III, da CF/88. Por isso mesmo, sumulou o STF o entendimento segundo o qual *É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por Turma Recursal de Juizado Especial Cível e Criminal*. (Súmula 640).

A EC 45/04 acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF/88 que passou a exigir do recorrente, ao interpor o recurso extraordinário, que demonstre a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso¹⁴³, nos termos

pela decisão recorrida." (Súmula 636, do STF).

142. STF, Segunda Turma, AI 551597 AgR/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 06/12/2011, DJe-239 DIVULG 16-12-2011, PUBLIC 19-12-2011.

143. Para uma visão panorâmica do novo instituto, conferir a seguinte decisão do STF: "O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada em agravo de instrumento – interposto contra decisão que inadmitira recurso extraordinário, em matéria criminal – da seguinte forma: 1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal; 2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral; 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 3-5-2007, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, do RISTF. Na espécie, a decisão agravada considerara que não fora atendido o art. 543-A do CPC, já que o agravante não dissera a relevância da interposição do recurso extraordinário para a repercussão geral para ser apreciado pelo Supremo como preliminar de admissão do recurso, bem como que a suposta contrariedade ao texto constitucional, se existente, ocorreria de forma indireta. Salientou-se, inicialmente, que os recursos criminais de um modo geral possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades que não afetam substancialmente a disciplina constitucional comum reservada a todos os recursos

da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A Lei federal nº 11.418/06 regulamentou o § 3º do art. 102 da CF/88, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Dispôs que o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, sempre que a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral. Determinou que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Mas considerou que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo.

A existência da repercussão geral deve ser demonstrada pelo recorrente, em preliminar do recurso¹⁴⁴, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal

extraordinários e que, com o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 102 da CF, a exigência da repercussão geral da questão constitucional passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário, cuja regulamentação se deu com a Lei 11.418/2006, que alterou o texto do CPC, acrescentando-lhe os artigos 543-A e 543-B. Entendeu-se que, não obstante essa alteração tenha se dado somente no CPC, a regulação se aplicaria plenamente ao recurso extraordinário criminal, tanto em razão de a repercussão geral ter passado a integrar a disciplina constitucional de todos os recursos extraordinários, como por ser inequívoca a finalidade da Lei 11.418/2006 de regulamentar o instituto nessa mesma extensão. Além disso, aduziu-se que não haveria óbice à incidência desse diploma legal de forma subsidiária ou por analogia, e citaram-se diversos precedentes do Tribunal reconhecendo a aplicação por analogia do CPC ao processo penal. Afirmou-se, também, não haver se falar em imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, tendo em conta estar em causa, normalmente, a liberdade de locomoção. Esclareceu-se que o recurso extraordinário visa à preservação da autoridade e da uniformidade da inteligência da CF, o que se reforçaria com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele debatidas, ou seja, as que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1º), e destacou-se, ademais, sempre ser possível recorrer-se ao *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII) como remédio à ameaça ou lesão à liberdade de locomoção, com a amplitude que o Tribunal lhe tem emprestado. Considerou-se que, no caso concreto, entretanto, a decisão gravada se equivocara ao exigir o requisito constitucional da repercussão geral, porquanto tal exigência se dera antes das normas regimentais terem sido implementadas pelo Supremo. No ponto, asseverou-se que a determinação expressa de aplicação da Lei 11.418/2006 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência teria como objetivo apenas evitar a aplicação retroativa do requisito da repercussão geral, mas não significaria a plena execução da lei, já que ficara a cargo do Supremo a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias para isso (art. 3º). No mais, concluiu-se que a análise acerca do segundo fundamento invocado pela decisão agravada para inadmitir o RE, haveria de se dar por decisão singular ou, eventualmente, submetendo o caso à Turma. Precedentes citados: AI 140.623 AgR/RS (DJ de 18-9-92); HC 89.951/RS (DJ de 19-12-2006); Pet 3.596/RJ (DJ de 28-8-2006); RHC 83.181/RJ (DJ de 22-10-2004); HC 89.849/MG (DJ de 16-2-2007); HC 82.798/PR (DJ de 21-11-2003); RHC 62.838/MG (DJ de 12-4-85); HC 50.556/Guanabara (DJ de 21-12-72)." (AI 664.567-QQ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-6-07, Informativo 472).

144. "Todo recurso extraordinário, interposto de decisão cuja intimação ocorreu após a publicação da Emenda Regimental 21 (DJ de 3-5-2007), deve apresentar preliminar formal e fundamentada da repercussão geral das questões constitucionais nele discutidas. A ausência dessa preliminar na petição de interposição permite que a Presidência do STF negue, liminarmente, o processamento do

Federal. Porém, previu a Lei que, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 04 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Na análise da repercussão geral, o Relator poderá admitir a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do STF.

Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do STF.

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Porém, julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se, conforme o caso. Mas se for mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem. A mesma competência foi atribuída ao relator sorteado, na hipótese de distribuição do recurso, tudo nos termos dos arts. 543-A, § 2º, do CPC; 13, V, c, e 327, *caput* e § 1º, do RISTF. (...) Nem há falar em demonstração implícita da repercussão geral. A legislação sobre o instituto enfatiza a necessidade de que a argumentação desenvolvida pelo recorrente seja apresentada em preliminar formal e fundamentada na petição do recurso extraordinário. Assim, a demonstração de que as questões constitucionais suscitadas, além de relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassam os interesses subjetivos das partes, deverá ser apresentada em um tópico destacado na petição do seu recurso. (...) mesmo nas hipóteses de presunção de existência da repercussão geral, previstas no art. 323, § 1º, do RISTF, o recorrente também terá que demonstrar, em tópico destacado na petição do seu apelo extremo, que a matéria constitucional nele suscitada já teve a repercussão geral reconhecida, ou que a decisão recorrida contraria súmula ou a jurisprudência dominante do STF, não sendo necessária, por tais motivos, a submissão da questão ao procedimento do julgamento eletrônico da repercussão geral." (RE 569.476-AgR, voto da Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 2-4-2008, Plenário, DJE de 25-4-2008.) No mesmo sentido: AI 786.701-ED, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2010, Plenário, DJE de 10-11-2010; AI 725.604-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-6-2010, Primeira Turma, DJE de 17-9-2010; AI 789.402-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2010, Segunda Turma, DJE de 11-6-2010; AI 697.379-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16-12-2009, Plenário, DJE de 12-2-2010; AI 728.103-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28-4-2009, Segunda Turma, DJE de 5-6-2009; AI 688.760-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009; AI 725.940-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; AI 672.738-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-2-2008, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.

Mas cumpre asseverar que as decisões proferidas pelo Plenário do STF no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral *vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia*¹⁴⁵.

A EC 45/05 inseriu na Constituição o art. 103-A, com o que consagrou no direito brasileiro a chamada *súmula vinculante*¹⁴⁶, de tão polêmica aceitação. Segundo esse novo preceito, o Supremo Tribunal Federal poderá, de *ofício*

145. "Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do STF tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. O legislador não atribuiu ao STF o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. A Lei 11.418/2006 evita que o STF seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do STF, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do CPC. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. A atuação do STF, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal *a quo* negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do CPC. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo STF. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade." (STF, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13-4-2011, Plenário, DJE de 6-6-2011).

146. Já existem as seguintes súmulas vinculantes: **Súmula vinculante nº 1:** "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001". **Súmula vinculante nº 2:** "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias". **Súmula vinculante nº 3:** "Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão". **Súmula vinculante nº 4:** "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". **Súmula vinculante nº 5:** "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". **Súmula vinculante nº 6:** "Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial". **Súmula vinculante nº 7:** "A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar". **Súmula vinculante nº 8:** "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". **Súmula vinculante nº 9:** "O disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58". **Súmula vinculante nº 10:** "Viola a cláusula de reserva de plenário

147. A Lei nº 11.417, de 2006 regulamentou o art. 103-A da CF.

Segundo o art. 5º do texto da própria EC 45, o Conselho Nacional de Justiça será instalado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da promulgação da Emenda¹⁵², devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final, ou seja, até 150 dias após a promulgação da Emenda. Se não efetuadas as indicações e escolhas dos nomes para o Conselho dentro deste prazo (150 dias contados da promulgação da Emenda), caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las.

Uma vez instalado, e até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, disciplinará, mediante resolução, seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

O Conselho Nacional de Justiça terá um **Presidente** e um **Corregedor**. Em conformidade com o § 1º do art. 103-B, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009, o Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Já a função de Ministro-Corregedor será exercida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: a) *receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários*; b) *exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral*; e c) *requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios*.

A competência constitucional do CNJ consiste, basicamente, no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o seguinte:

- a) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.
- b) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los,

revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

- c) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.
- d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O controle pelo CNJ da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o exercício das funções correicionais quanto ao cumprimento dos deveres funcionais dos juízes **não poderão interferir na independência funcional dos membros e órgãos do Poder Judiciário**, nem na autonomia administrativa e financeira assegurada constitucionalmente a este Poder da República.

Com efeito, segundo o inciso II do § 4º do art. 103-B, a competência do CNJ, no controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, **limita-se** a apreciar, de ofício ou mediante provocação, a **legalidade** dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao **exato cumprimento da lei**.

152. O Conselho Nacional de Justiça foi instalado em 14 de junho de 2005.

De referência à atividade correicional do Conselho, ela não foi autorizada para invadir a liberdade de convicção do julgador, ficando, nesse particular, preservada a sua independência no exercício da função jurisdicional. Assim, não é possível que se leve ao CNJ inconformismos de partes a respeito de decisões judiciais. Isso em razão da óbvia competência do Conselho se limitar a controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e não assumir a natureza de órgão censor de decisões judiciais.

Vide a seguinte decisão do STF, que bem delimita a competência do CNJ: “Ação direta. Emenda Constitucional n. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício Imparcial e independente. Precedente e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. (...) São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, inc. I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.” (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-05, DJ de 22-9-06).

Conferir, também, a seguinte decisão do STF: “O Conselho Nacional de Justiça, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário

como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo *ultra vires*, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança.” (MS 28.611-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 1º-4-2011.) **No mesmo sentido:** MS 29.744-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 4-10-2011; MS 27.148-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 25-5-2011; MS 28.598-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 9-2-2011; MS 28.174-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 18-11-2010. **Vide:** MS 27.708, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 21-5-2010.

4.9. Do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é órgão integrante do Poder Judiciário Nacional, ao qual compete, fundamentalmente, uniformizar a interpretação da lei federal e garantir sua observância e aplicação.

Tem sede na Capital Federal (Brasília) e jurisdição em todo o território nacional. Compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros (que é sua composição atual), nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado, sendo: a) *um terço* (11 Ministros) dentre desembargadores dos Tribunais Regionais Federais¹⁵³; b) *um terço* (11 Ministros) dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados, em ambas as hipóteses (a e b), em listas tríplices elaboradas pelo próprio Tribunal; e c) *um terço* (11 Ministros), em partes iguais, dentre advogados (6 Ministros) e membros

153. “Para o provimento dos cargos a que se refere o art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, não cabe distinguir entre juiz de TRF, originário da carreira da magistratura federal, ou proveniente do Ministério Público Federal ou da Advocacia (CF, art. 107, I e II).” (MS 23.445, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 18-11-99, DJ de 17-3-00).

do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios (6 Ministros), com mais de dez anos de efetiva atividade, alternadamente, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que deverá ser encaminhada ao próprio Tribunal para a formação de listas tríplices.

Foi criado pela atual Constituição Federal para compreender a competência do extinto Tribunal Federal de Recursos e parte da competência do Supremo Tribunal Federal. É titular de competência (I) *originária* (art. 105, I) e (II) *recursal*, que abrange o recurso (II1) *ordinário* (art. 105, II) e (II2) *especial* (art. 105, III).

É competente para processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.

Cumpre-lhe, ademais, julgar, em recurso ordinário: a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais

ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Finalmente, compete-lhe julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Junto ao STJ funcionarão: a *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*, cabendo-lhe, fundamentalmente, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; e o *Conselho da Justiça Federal*, cumprindo-lhe exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

Ainda compete ao STJ, nos termos do art. 109, § 5º, da Constituição, processar e julgar originariamente o *incidente de deslocamento de competência* para a Justiça Federal, suscitado pelo Procurador-Geral da República, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

4.10. Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais

A Justiça Federal compreende os seguintes órgãos: (I) os *Tribunais Regionais Federais* (são cinco TRF's¹⁵⁴); e (II) os *Juízes Federais*.

154. Segundo o art. 27, § 6º, do ADCT, ficam criados *cinco* Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica. O *TRF-1ª Região* compreende as seguintes Seções Judiciárias (por Estados): Seção Judiciária do Acre; Seção Judiciária do Amapá; Seção Judiciária do Amazonas; Seção Judiciária da Bahia; Seção Judiciária do Distrito Federal; Seção Judiciária de Goiás; Seção Judiciária do Maranhão; Seção Judiciária de Mato Grosso; Seção Judiciária de Minas Gerais; Seção Judiciária do Pará; Seção Judiciária do Piauí; Seção Judiciária de Rondônia; Seção Judiciária de Roraima e Seção Judiciária de Tocantins; o *TRF-2ª Região* compreende as seguintes Seções Judiciárias (por Estados): Seção Judiciária do Espírito Santo e Seção Judiciária do Rio de Janeiro; o *TRF-3ª Região* compreende as seguintes Seções Judiciárias (por Estados): Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul e Seção Judiciária de São Paulo; o *TRF-4ª Região* compreende as seguintes Seções Judiciárias (por Estados): Seção Judiciária

Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete desembargadores, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (I) *um quinto* dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; e (II) os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Com o objetivo de garantir um *maior acesso à Justiça Federal*, visando aproximá-la do cidadão, sobretudo em questões previdenciárias, os Tribunais Regionais Federais deverão instalar a *justiça itinerante*, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Poderão também funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Compete aos Tribunais Regionais Federais *processar e julgar*, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União¹⁵⁵, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região; c) os mandados de segurança e os “habeas-data” contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) os “habeas-corpus”, quando a autoridade coatora for juiz federal; e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal.

do Paraná; Seção Judiciária do Rio Grande do Sul e Seção Judiciária de Santa Catarina; e o TRF-5ª Região compreende as seguintes Seções Judiciárias (por Estados): Seção Judiciária de Alagoas; Seção Judiciária do Ceará; Seção Judiciária da Paraíba; Seção Judiciária de Pernambuco; Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e Seção Judiciária do Sergipe.

155. “A jurisprudência desta Casa de Justiça firmou a orientação de que, em regra, a competência para o julgamento de *habeas corpus* contra ato de autoridade é do Tribunal a que couber a apreciação da ação penal contra essa mesma autoridade. Precedente: RE 141.209, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (Primeira Turma). Partindo dessa premissa, é de se fixar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para processo e julgamento de ato de Promotor de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios com atuação na primeira instância. Com efeito, a garantia do juízo natural, proclamada no inciso LIII do art. 5º da Carta de outubro, é uma das mais eficazes condições de independência dos magistrados. Independência, a seu turno, que opera como um dos mais claros pressupostos de imparcialidade que deles, julgadores, se exige. Pelo que deve prevalecer a regra específica de competência constitucional criminal, extraída da interpretação do *caput* do art. 128 c/c o *caput* e a alínea d do inciso I do art. 108 da Magna Carta, em face da regra geral prevista no art. 96 da Carta de outubro. Precedente da Segunda Turma: RE 315.010, Relator o Ministro Néri da Silveira. Outras decisões singulares: RE 352.660, Relator o Ministro Nelson Jobim, e RE 340.086, Relator o Ministro Ilmar Galvão.” (RE 418.852, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 6-12-05, DJ de 10-3-06).

Segundo o STF, compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre juizado especial federal e juiz de primeiro grau da justiça federal da mesma seção judiciária. Com base nesse entendimento, o Tribunal proveu recurso extraordinário, para anular acórdão do Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a fim de que julgue, como entender de direito, o conflito de competência entre o Juízo Federal do 7º Juizado Especial e o Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Na espécie, o STJ, dando solução ao aludido conflito, declarou o Juízo Federal competente para julgar ação declaratória de nulidade, cumulada com pedido de pensão por falecimento, ajuizada contra o INSS. Contra essa decisão, o Ministério Público interpusera agravo regimental, ao qual fora negado provimento, o que ensejara a interposição do recurso extraordinário. Salientou-se, inicialmente, que, nos termos do art. 105, I, d, da CF, a competência do STJ para julgar conflitos de competência está circunscrita aos litígios que envolvam tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos. Considerou-se que a competência para dirimir o conflito em questão seria do tribunal regional federal ao qual o juiz suscitante e o juizado suscitado estariam ligados, haja vista que tanto os juízes de primeiro grau quanto os que integram os juizados especiais federais estão vinculados àquela corte. No ponto, registrou-se que esse liame de ambos com o tribunal local restaria caracterizado porque: 1) os crimes comuns e de responsabilidade dos juízes de primeiro grau e das turmas recursais dos juizados especiais são julgados pelo respectivo tribunal regional federal e 2) as varas federais e as turmas recursais dos juizados especiais federais são instituídos pelos respectivos tribunais regionais federais, estando subordinados a eles administrativamente. RE 590409/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. *Pleno. (Info. 557).*

Em face da posição acima, o STJ cancelou a sua súmula n. 348 (*Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária*) e editou a súmula n. 428, segundo a qual *competem ao tribunal regional federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária*.

Compete-lhe também *julgar*, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

A competência da Justiça Federal está delimitada neste art. 109. Basicamente, a competência dos Juízes Federais envolve as causas em que a União,

entidade autárquica (incluídas as fundações governamentais de direito público) ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Com efeito, aos juízes federais compete processar e julgar (I) as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (II) as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; (III) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; (IV) os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; (V) os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; (V-A) as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º¹⁵⁶ deste artigo; (VI) os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; (VII) os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; (VIII) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; (IX) os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves¹⁵⁷, ressalvada a competência da Justiça Militar; (X) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; (XI) a disputa sobre direitos indígenas¹⁵⁸.

156. "§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal" (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

157. "É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime praticado a bordo de aeronave (art. 109, inc. IX, da Constituição da República), pouco importando se esta encontra-se em ar ou em terra e, ainda, quem seja o sujeito passivo do delito. Precedentes. Onde a Constituição não distingue, não compete ao intér-prete distinguir." (RHC 86.998, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-2-07, DJ de 27-4-07).

158. "Competência criminal. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito

As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual, hipótese em que o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

No âmbito da Justiça Federal não há comarcas, mas Seções Judiciárias. Neste caso, cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma Seção Judiciária, que terá por sede a respectiva Capital e varas localizadas, tanto na Capital como no interior, conforme fixado em lei.

Assim, há 27 Seções Judiciárias (26 nos Estados e 01 no Distrito Federal) distribuídas entre os 05 Tribunais Regionais Federais.

Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

4.11. Dos Tribunais e Juízes do Trabalho

A Justiça do Trabalho compreende os seguintes órgãos: (I) o *Tribunal Superior do Trabalho*; (II) os *Tribunais Regionais do Trabalho*; e (III) os *Juizes do Trabalho*. Vê-se que a Justiça do Trabalho é organizada num tríplice estrutural recursal, não sendo errado supor que possui um triplo grau de jurisdição.

O Tribunal Superior do Trabalho é o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho competindo-lhe, notadamente através de recurso, *uniformizar* a interpretação e aplicação da legislação trabalhista. Compõe-se de *vinte e sete* Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de

da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CF. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena." (RE 419.528, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-8-06, DJ de 9-3-07).

sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (I) *um quinto* dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (II) os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior. Percebe-se aqui uma inusitada novidade: os Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho não são mais indicados em lista tríplice, contentando-se o inciso II do novo art. 111-A da Constituição que eles sejam indicados pelo próprio TST, sem exigir formação de lista tríplice.

Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho: (I) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (II) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (I) *um quinto* dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (II) os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Os Tribunais Regionais do Trabalho também deverão instalar a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Também poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

A EC 45/04 ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho. Impõe-se, contudo, um esclarecimento a respeito.

Na apreciação do projeto de Emenda Constitucional (a PEC nº 29/2000), o texto aprovado no Senado, em 17 de novembro de 2004, continha a seguinte redação para o artigo 114, I:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação*”.

Todavia, o texto que acabou sendo publicado foi o oriundo da Câmara dos Deputados, que não trazia essa exceção votada pelo Senado Federal, sendo, ao final, promulgado um texto que não foi votado nas duas Casas.

Em face dessa circunstância, a AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF (ADI nº 3395), requerendo, em sede de medida cautelar, a sustação dos efeitos do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, inserido pela EC 45/2004, com eficácia “ex tunc” e até o julgamento final da ação ou a sustação, com eficácia “ex tunc” e até o julgamento final da ação, dos efeitos do dispositivo impugnado, ressaltando sua inaplicabilidade para qualquer exegese que pretenda dar aplicabilidade ao dispositivo impugnado para incluir na competência da Justiça do Trabalho a relação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com os seus servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas, de cada ente da Federação. Ao final, foi postulada a declaração da inconstitucionalidade formal do inciso I do artigo 114 da CF/88, inserido pela EC 45/2004, com eficácia “ex tunc” e, sucessivamente, caso rejeitada a inconstitucionalidade formal, declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 114 da CF/88, com eficácia “ex tunc”, para que lhe seja dada interpretação conforme, sem redução de texto, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da interpretação que incluía na competência da Justiça do Trabalho a relação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com os seus servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas, de cada ente da Federação.

O Ministro Nelson Jobim concedeu, “ad referendum” do plenário, a medida cautelar, com efeito “ex tunc” (retroativo), que foi posteriormente confirmada, para dar *interpretação conforme a Constituição* ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, na redação da EC 45/04, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso, que incluía na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Estado e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo¹⁵⁹.

159. Vide recente decisão sobre a questão: “Reclamação. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Descumprimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395. Competência da Justiça Federal. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária

Com a decisão, a competência da Justiça do Trabalho, nesse particular, permanece, como antes, para, exclusivamente, processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que, reitere-se, a matéria posta à composição judicial se refira à interpretação e aplicação das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e da legislação trabalhista correlata.

Aliás, de há muito o Supremo Tribunal Federal já havia definido a competência da Justiça do Trabalho para as ações que envolvessem relações entre empregado e empregador submetidas ao regime celetista, ainda que, como empregador, figure o Estado ou uma de suas entidades da Administração Pública Indireta, de qualquer ente da Federação¹⁶⁰.

Por outro lado, não se pode compreender que a expressão “relação de trabalho”, utilizada pela Emenda 45 em substituição a “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores” da redação original, alcance qualquer atividade de prestação de serviço sujeita ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, sob pena de se transformar a Justiça do Trabalho, essencialmente especializada, em uma Justiça Comum. A relação de trabalho referida pelo inciso I acrescentado pela Emenda ao art. 114 da Constituição é apenas aquela regulada pelo Direito do Trabalho. Assim, o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal atribui competência à Justiça do Trabalho para resolver litígios decorrentes de relações de trabalho que envolvam exclusivamente trabalhadores (compreendendo também os servidores públicos celetistas) e empregadores (compreendendo também as entidades de direito público) sujeitos à CLT e legislação trabalhista correlata.

Essa é a *competência geral* da Justiça do Trabalho, para processar e julgar todas as ações decorrentes de relação de trabalho, entendida esta como toda aquela *submetida ao regime jurídico celetista*.

e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes da Lei n. 8.745/93; do inc. XXIII do art. 19 da Lei n. 9.472/97 e do Decreto n. 2.424/97. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que lhe sejam vinculados por relação jurídico-administrativa. Precedentes. Reclamação julgada procedente.” (Rel. 4.762, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-3-07, DJ de 23-3-07).

160. Conferir, a propósito, a ADIN nº 492, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.03.1993, pg. 03557, cuja ementa de julgamento está assim vazada: “CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. C.F., ARTS. 37, 39, 40, 41, 42 E 114. LEI N. 8.112, DE 1990, ART. 240, ALÍNEAS ‘D’ E ‘E’. I – Servidores Públicos Estatutários: Direito a Negociação Coletiva e a Ação Coletiva frente a Justiça do Trabalho: Inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, Art. 240, alíneas ‘D’ e ‘E’. II – Servidores Públicos Estatutários: Incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus Dissídios Individuais. Inconstitucionalidade da alínea ‘E’ do art. 240 da Lei 8.112/90. III – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.”

Nada obstante, a EC 45 atribuiu novas competências à Justiça do Trabalho, que podemos denominá-las de competências especiais, que devem ser compreendidas em articulação com a competência geral do inciso I do art. 114. Com efeito, a competência desta Justiça especializada passou a abranger:

a) *as ações que envolvam exercício do direito de greve.*

Sempre se entendeu que as ações decorrentes do exercício do direito de greve pelos trabalhadores regidos pela legislação trabalhista eram de competência da Justiça do Trabalho, não trazendo a EC 45, a esse respeito, nenhuma alteração. Apenas dispôs, na nova redação do § 3º do art. 114, que em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Em Conformidade com a súmula vinculante nº 23, “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”.

b) *as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.*

As ações sobre representação sindical, segundo jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não se inseriam no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho. Com efeito, conforme Orientação Jurisprudencial nº 4, da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, “A disputa intersindical pela representatividade de certa categoria refoge ao âmbito da competência material da Justiça do Trabalho.” Todavia, com a EC 45 a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações sobre representação sindical, ficando afastada a orientação daquela Corte trabalhista.

Relativamente às ações entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, cumpre esclarecer que a Lei nº 8.984/95, com fundamento no art. 114 da Constituição Federal, já havia estendido a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de cumprimento de convenções ou acordos coletivos de trabalho propostas pelos sindicatos. De fato, segundo o art. 1º do referido diploma legal, “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador”. De acordo com ela, as ações de

cumprimento intentadas por sindicatos, tendo por objeto o adimplemento de obrigações assumidas em convenções e acordos coletivos, mesmo que não homologados em juízo, foram incluídas na órbita da Justiça Especializada. Com a edição da Lei nº 8.984/95, portanto, foi definitivamente retirada do âmbito residual deixado à Justiça do Estado a ação de cumprimento, com base em acordos normativos não homologados pela Justiça Trabalhista. Era mesmo a Justiça Comum Estadual a competente para o julgamento de litígios entre sindicatos de empregados e empregadores¹⁶¹.

Porém, mesmo com o advento da citada Lei, o Tribunal Superior do Trabalho continuou recusando a competência da Justiça do Trabalho quando a ação envolvesse sindicato patronal e uma de suas entidades representadas, pois, nessa hipótese, segundo entendia aquela Corte, não estava em litígio controvérsia entre empregado e empregador ou entre o sindicato profissional e a respectiva categoria econômica, a atrair a competência material da Justiça do Trabalho¹⁶².

161. RE 204194/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 06.02.1998, pg. 00038, assim ementado: "COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CONTRA SINDICATO PLEITEANDO A DESONERAÇÃO DO PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA ESTIPULADA EM CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 8.984/95. Não é caso de incidência da Lei nº 8.984/95, editada com base no art. 114 da Constituição Federal, que retirou do âmbito residual deixado à Justiça Comum dos Estados a ação tendo por objeto o adimplemento de obrigação assumida em convenções ou acordos coletivos de trabalho, incluindo-se na órbita da Justiça Trabalhista, tendo em vista que tanto a sentença de primeiro grau como o acórdão recorrido foram prolatados muito antes da vigência da referida lei, quando era competente a Justiça Comum dos Estados. Recurso extraordinário não conhecido." No mesmo sentido o RE 135441/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 24.11.2000, pg. 00103: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - DEMANDA CONSIGNATÓRIA ENTRE EMPREGADOR E SINDICATOS. A definição da competência da Justiça do Trabalho não prescinde de previsão legal. O fato de não haver o envolvimento de empregados na relação processual afasta a regra contida na primeira parte do artigo 114 da Constituição Federal, tornando próprio observar-se a condição imposta na parte final do preceito - "...e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que têm origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas". A competência é, no caso, da Justiça Comum, como já o era à luz da Constituição Federal anterior - Precedente do Supremo Tribunal Federal: Conflito de Jurisdição nº 5.934-SP, Relator Ministro Antônio Neder, Acórdão do Tribunal Pleno, publicado no Diário da Justiça de 23 de outubro de 1974."

162. TST-E-RR-44406/2002-900-04-00.6, Rel. Min. Milton de Moura França, jul. 19/05/2003: "AÇÃO DE CUMPRIMENTO PROPOSTA PELO SINDICATO DA CATEGORIA ECONÔMICA E A EMPRESA POR ELE REPRESENTADA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I - O art. 114 da Constituição Federal é peremptório ao fixar a competência material da Justiça do Trabalho exclusivamente para julgar os dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. II - No caso concreto, a lide se estabelece entre o sindicato da categoria econômica e a empresa por ele representada, objetivando o cumprimento do estabelecido na convenção coletiva de trabalho do ano de 2000, quanto ao pagamento pelas empresas representadas associadas ou não da contribuição assistencial. Nessa circunstância, não está em litígio controvérsia entre empregado e empregador ou entre o sindicato profissional e a respectiva categoria econômica, a atrair a competência material da Justiça do Trabalho, dado que não se postula o cumprimento de condições de trabalho estabelecidas no acordo

Entretanto, a partir da EC 45 a competência da Justiça do Trabalho também passou a compreender as ações entre sindicato da categoria econômica e a empresa por ele representada.

Mas é preciso deixar claro que essa competência especial prevista no novo inciso III do art. 114 deve ser interpretada articuladamente com a competência geral disposta no inciso I desse mesmo artigo, de tal modo que as ações entre os próprios sindicatos, ou entre sindicatos e trabalhadores, ou entre sindicatos e empregadores só serão processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho quando decorrerem de relação de trabalho, entendida esta como toda aquela submetida ao regime jurídico celetista.

c) *os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.*

A jurisprudência do STJ já vinha entendendo que competia à Justiça do Trabalho processar e julgar os mandados de segurança impetrados em face de seus próprios atos¹⁶³. A Emenda 45, contudo, ampliou ainda mais essa competência, estendendo-a aos mandados de segurança quando o ato questionado envolver matéria sujeita à jurisdição trabalhista, independentemente de quem seja a autoridade coatora¹⁶⁴.

coletivo, mas o cumprimento da contribuição assistencial patronal criada na convenção coletiva devida pela respectiva categoria econômica. III - O e. STJ, por meio da Súmula nº 222, já firmou entendimento de que: 'Compete a Justiça Comum processar e julgar ações relativas à contribuição sindical prevista no art. 578 da CLT.' IV - Nem se argumente com a aplicação analógica do artigo 1º da Lei nº 8.984/95. A aplicação de preceito de lei por analogia somente se admite na hipótese de omissão no texto da lei, consoante preceitua o art. 4º da LICC. Em se tratando de questão de competência, não se admite, sob nenhum pretexto, aplicação por analogia, porque expressamente definida na Constituição Federal e legislação extravagante. O artigo 1º da Lei nº 8.984/95 não contempla o litígio entre sindicato patronal e a respectiva categoria econômica. Na realidade, tão-somente ampliou a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar litígios entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador, porque nessas circunstâncias a controvérsia tem por fato gerador a própria relação de trabalho, e, por isso, justificável a sua inserção no âmbito da competência que lhe confere a parte final do artigo 114 da CF. Ao contrário, a lide estabelecida entre o sindicato patronal e a respectiva categoria econômica, objetivando o cumprimento da cláusula que prevê o pagamento da contribuição assistencial, se desenvolve à margem da relação de trabalho, daí por que escapa do âmbito de aplicação do artigo 114 da Constituição Federal. Recurso de embargos que se nega provimento."

163. STJ, CC 20557-MA, 3ª Seção, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 10.08.1999, pg. 10: "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CONCESSÃO DE FÉRIAS A JUÍZES CLASSISTAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. É da competência dos Tribunais do Trabalho julgar originariamente os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções (art. 21, VI, da LOMAN c/c o art. 109, VII, da Constituição Federal). 2. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, o suscitante."

164. Assim, a Emenda 45 afastou o entendimento do STJ no sentido de que, mesmo tratando de matéria trabalhista, a competência no mandado de segurança é definida em função da autoridade coatora. Veja-se a seguinte ementa de julgamento: "Conflito de competência. Justiça do Trabalho. Justiça Estadual. Mandado de Segurança. Matéria trabalhista. 1. Tratando-se de mandado de segurança,

Assim, os juízes do trabalho passam a titularizar competência para processar e julgar originariamente mandados de segurança impetrados em face de ato que envolva matéria de natureza trabalhista. Exemplo disso, são os mandados de segurança interpostos com o fim de anular ou discutir um auto de infração lavrado por alguma autoridade da fiscalização do trabalho, em razão de suposta violação da lei trabalhista.

Além do mandado de segurança nas circunstâncias acima apontadas, a Justiça do Trabalho também passou a compreender a competência para processar e julgar as ações constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data*, igualmente quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

Relativamente ao *habeas corpus*, o STF e o STJ sempre entenderam que competia ao Tribunal Regional Federal da respectiva região processar e julgar o *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz do Trabalho¹⁶⁵.

a competência é definida em função da autoridade coatora, não em razão da matéria. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Palmas/TO". (STJ, CC 24555-DF, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.08.2002, pg. 194). Todavia, em julgamento anterior, o STJ fixou a seguinte orientação: "COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR EMPREGADO DO BANCO DE BRASÍLIA S/A CONTRA ATO DISCIPLINAR IMPOSTO PELA COMISSÃO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS DO EMPREGADOR. NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTROVERTIDA DEMARCADA EM FUNÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA PETENDI. LIDE QUE SE REVELA DE CUNHO TRABALHISTA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. – Segundo reiterado entendimento da Seção, se a inicial expõe lide de natureza trabalhista, demarcada pela causa petendi e pelo pedido, competente é a Justiça Laboral para apreciar a espécie" (CC 22257-DF, 2ª Seção, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 17.12.1999, pg. 315).

165. STF, Pleno, CC 6.979-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 26.02.93, p. 2356: "CONFLITO DE JURISDIÇÃO. HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL DADA POR JUIZ DO TRABALHO, EM PROCESSO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. Sendo o *habeas corpus*, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença. Não possuindo a Justiça do Trabalho, onde se verificou o incidente, competência criminal, impõe-se reconhecer a competência do Tribunal Regional Federal para o feito". Vide também, STF, HC 68687-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04.10.91, p. 13781: "CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA POR JUIZ DO TRABALHO. DEPOSITÁRIO INFIEL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. I. No julgamento do CJ nº 6.979-1, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão plenária, que a competência para conhecer e julgar *habeas corpus*, impetrado contra ato de Juiz do Trabalho de 1º grau, é do Tribunal Regional Federal e não do Tribunal Regional do Trabalho. II. Nulidade da decisão denegatória do writ proferida pelo T.R.T. da 9ª Região. Remessa dos autos ao T.R.F. da 4ª Região" e STF, RHC 81859, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 05.09.2003: "CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA POR JUIZ DO TRABALHO. DEPOSITÁRIO INFIEL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. I. – No julgamento do CJ n. 6.979-1, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão plenária, que a competência para conhecer e julgar *habeas corpus*, impetrado contra ato de Juiz do Trabalho de 1. grau, e do Tribunal Regional Federal e não do Tribunal Regional do Trabalho. II. – Nulidade das decisões denegatórias do writ proferidas

Tal situação se modificou com a Emenda 45, que atribuiu expressamente competência à própria Justiça do Trabalho – no caso o Tribunal Regional do Trabalho – para processar e julgar os *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz do Trabalho (a hipótese corriqueira é a prisão de depositário infiel).

Referentemente ao *habeas data*, a Constituição Federal, desde sua versão original, atribui competência ao TST para, originariamente, processar e julgar essa ação constitucional de defesa do direito fundamental ao conhecimento (e/ou retificação) às informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Tal atribuição se deduz a partir da interpretação do art. 102, inciso II, "a", da Constituição, que confere competência ao STF para julgar, em recurso ordinário, o *habeas data* decidido em única instância pelo TST, se denegatória a decisão.

A Lei nº 9.507, de 12.11.97, que regulou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito processual do *habeas data*, estabeleceu, em seu art. 20, a competência para processar e julgar essa ação, não fazendo nenhuma referência à competência da Justiça do Trabalho, exceto a competência do TST, em razão de reproduzir o que consta no art. 102, II, "a", da Constituição¹⁶⁶.

pelo T.R.T. da 3ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça. Remessa dos autos ao T.R.F. da 1ª Região. III. – Recurso provido". STJ, 2ª Seção, CC 46775-SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 01.02.2005, pg. 402: "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA POR JUIZ DO TRABALHO, EM EXECUÇÃO DE JULGADO TRABALHISTA. Conforme a jurisprudência desta colenda Corte e do Pretório Excelso, compete ao Tribunal Regional Federal da respectiva região o processo e julgamento de *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz do Trabalho. Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitante". No mesmo sentido, o CC 30610-SC, 2ª Seção, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 05.08.2002, p. 195: "Conflito de competência. Habeas corpus. Ordem de prisão de depositário infiel expedida por Juiz do Trabalho. I – Compete ao Tribunal Regional Federal o processo e julgamento de *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz de Trabalho, em processo de execução de sentença proferida em reclamação trabalhista. Precedentes do STF e do STJ. II – Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, suscitado". E o CC 28943-AP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 09.10.2000: "COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ORDEM DE PRISÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL DADA POR JUIZ DO TRABALHO, EM EXECUÇÃO DE JULGADO TRABALHISTA. – Ao TRF da respectiva região compete processar e julgar *habeas corpus* contra ato de Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento. Precedentes do STF e do STJ. Conflito conhecido, declarado competente o suscitado".

166. Com efeito, reza o art. 20 da Lei nº 9.507/97: "Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete: I – originariamente: a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado; f) a juiz estadual, nos demais casos; II – em grau de recurso: a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais

Assim, desde sua redação original, a Constituição atribuía competência aos juízes federais para processar e julgar os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (art. 109, VIII).

Todavia, com a Emenda 45 a Justiça do Trabalho passou a titularizar competência para processar e julgar as ações de *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à jurisdição trabalhista. Nesse novo contexto, excetuados os casos de competência dos tribunais do trabalho, compete aos juízes do trabalho processar e julgar essas ações constitucionais impetradas contra ato de qualquer autoridade – seja federal, estadual ou municipal – quando o ato atacado envolver matéria decorrente de relação de trabalho.

Nada obstante isso, cremos que tal competência será raramente acionada, devido a circunstância de que os empregadores, na maioria entidades não-governamentais, não possuem banco de dados de “caráter público”, no sentido que lhe dá a Constituição Federal no art. 5º, inciso LXXII, corretamente interpretada, no ponto, pela Lei 9.507/97. O que se tem, então, são eventuais anotações do empregador sobre os seus empregados, que, enquanto não repercutam sobre as relações de trabalho com o próprio empregador ou sobre outras relações jurídicas do empregado ou do ex-empregado, esse apontamento é um dado puramente interno do empregador¹⁶⁷.

d) os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o.

Em que pese a ausência de disposição constitucional expressa, sempre se entendeu que competia a própria Justiça do Trabalho resolver os conflitos de competência entre os seus próprios órgãos. Assim, competiam aos Tribunais Regionais do Trabalho solucionar os conflitos de competência entre os juízes do trabalho (inclusive os juízes de direito no exercício de jurisdição trabalhista) a eles vinculados e competia ao Tribunal Superior do Trabalho

Superiores; b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais; c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal; d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal; III – mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição”.

167. Nesse sentido já decidiu o STF, Pleno, no RE 165304-MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 15.12.2000: “Habeas Data. Ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A para a revelação, a ex-empregada, do conteúdo da ficha de pessoal, por não se tratar, no caso, de registro de caráter público, nem atuar o impetrado na condição de entidade Governamental (Constituição, art. 5º, LXXII, a e art. 173, § 1º, texto original)”.

julgar os conflitos de competência entre os Tribunais Regionais do Trabalho ou entre os juízes do trabalho vinculados a Tribunais Regionais distintos¹⁶⁸.

A Emenda 45 tão somente veio explicitar essa competência, desde antes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, a competência da Justiça do Trabalho em tema de conflito de competência está limitada à resolução do conflito entre os próprios órgãos, pois, se entre órgãos distintos da jurisdição brasileira, ou será do Supremo Tribunal Federal (quando um dos órgãos envolvidos for um tribunal superior) ou do Superior Tribunal de Justiça (nos demais casos).

e) as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

De há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que as ações de indenização por dano moral ou material decorrente da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho¹⁶⁹, de tal sorte que a EC 45, nesse particular, só vem reforçar esse entendimento pretoriano.

168. STF, Pleno, CC 7061-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31.10.2001, p. 7: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: JUIZ DE DIREITO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO TRABALHISTA VS. JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO. I. – Conflito de competência entre Juiz de Direito investido de jurisdição trabalhista e Juiz do Trabalho. Competência do TRT para dirimir o conflito. II. – Conflito de competência conhecido e julgado improcedente”. Vide STJ, 2ª Seção, CC 1513-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 12.08.91, p. 10543: “COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO ENTRE JUNTAS DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO VINCULADAS A TRIBUNAIS DIVERSOS. CONFLITO NÃO CONHECIDO. ENCAMINHAMENTO AO EGRÉGIO TST. I – Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar conflito negativo de competência entre Juntas de Conciliação e Julgamento vinculadas a Tribunais Regionais diversos, embora situados no mesmo Estado. II – A exemplo do que se verifica no plano constitucional, a legislação trabalhista, consolidada e extravagante, evoluiu no sentido da Justiça Obreira abrigar também a competência para dirimir os conflitos entre seus órgãos”.

169. STF, RE 358.702, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 03.06.2003: “CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. C.F., art. 114. I. – Ação de reparação de danos decorrentes da imputação que se diz caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador na despedida daquele: competência da Justiça do Trabalho: C.F., art. 114. Na fixação da competência da Justiça do Trabalho, em casos assim, não importa se a controvérsia tenha base na legislação civil. O que deve ser considerado é se o litígio decorre da relação de trabalho. II. – RE conhecido e provido”. No mesmo sentido, STF, 2ª Turma, EDRE 421455, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 27.08.2004. STJ, 1ª Seção, CC 40822-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 01.07.2004, p. 165: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PARA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE DEMISSÃO DO EMPREGADO CAUSADA POR ALEGADA PERSEGUIÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA. AÇÃO PROPOSTA CONTRA A ANTIGA EMPREGADORA (PETROBRAS). PRESENÇA DA UNIÃO COMO LITISCONSORTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A competência para processar e julgar ação de indenização por danos morais, que tem como causa de pedir demissão com motivação político-ideológica, é da Justiça Trabalhista, pois há, nesse caso, quebra de relação empregatícia, que se supõe injustificada. 2. A Justiça do Trabalho é órgão da Justiça

Todavia, dúvida persistiu relativamente à competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de *acidente de trabalho*.

Isso porque, antes da Emenda 45 o STF e o STJ vinham entendendo que competia à Justiça Estadual julgar essas ações de indenização por dano decorrente de acidente de trabalho ainda que movidas contra o empregador¹⁷⁰.

O Supremo Tribunal Federal manteve esse entendimento mesmo após a EC 45. Com efeito, em Sessão Plenária realizada no dia 09 de março de 2005, para julgar o RE 438639, a Corte reiterou a sua posição para considerar competente a Justiça Estadual para processar e julgar as ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho, mesmo quando manejadas pelo empregado contra o empregador.

da União (CF, art. 92, IV), não havendo empecilho algum a que decida a causa, mesmo dela participando a União como litisconsorte passiva. 3. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo da 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, o suscitante". TST, 3ª Turma, RR 794924, Rel. Juiz Conv. Alberto Luiz Bresciani Pereira, DJ de 27.02.2004: "(...) 6. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Tratando-se de controvérsia decorrente da relação de emprego, a análise da questão relativa ao dano moral, pela Justiça do Trabalho, encontra amparo no art. 114 da Constituição Federal. Recurso de revista desprovido." No mesmo sentido, entre outros, TST, 1ª Turma, RR 734120, Rel. Juíza Conv. Maria de Assis Calsing, DJ de 06.02.2004: "RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. RELAÇÃO DIRETA COM A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PROVIMENTO. Há que ser reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pleito relativo a pagamento de indenização decorrente de dano moral, nos casos em que o ato danoso guardar relação direta com a execução do contrato de trabalho. (...)".

170. STF, 1ª Turma, RE 403832-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.03.2004, p. 43: "Competência: Justiça comum: ação de indenização fundada em acidente de trabalho, ainda quando movida contra o empregador. 1. É da jurisprudência do STF que, em geral, compete à Justiça do Trabalho conhecer de ação indenizatória por danos decorrentes da relação de emprego, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito comum e não do Direito do Trabalho. 2. Da regra geral são de excluir-se, por força do art. 109, I, da Constituição, as ações fundadas em acidente de trabalho, sejam as movidas contra a autarquia seguradora, sejam as propostas contra o empregador". Vide também, STJ, 4ª Turma, Resp 544810-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 21.02.2005, p. 183: "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ACIDENTE DE TRABALHO. LESÕES FÍSICAS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. PEDIDO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL QUE, APRECIANDO CONFLITO ENTRE JUÍZES ESTADUAIS, ANULA OS ATOS DECISÓRIOS E REMETE OS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. I. Compete à Justiça estadual processar e julgar ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho. Precedentes do STF e STJ. II. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a competência da Justiça obreira, que fora reconhecida pelo Tribunal a quo, cabendo àquela Corte prosseguir no exame do conflito entre os Juízes estaduais (31ª e 15ª Varas da Comarca de Belo Horizonte)". Vide também: STJ, 1ª Seção, CC 35843-PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 17.05.2004, p. 93: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. SÚMULA 15/STJ. - "Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do Trabalho." - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Cível de União da Vitória - PR".

Contudo, em Sessão Plenária realizada em 29 de junho de 2005, para julgar o Conflito negativo de Competência (CC nº 7204) suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho em face do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o STF reviu a sua posição, reformulando entendimento anterior e declarou que a competência para julgar ações por dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho e movidas contra o empregador é da Justiça Trabalhista.

Os Ministros acompanharam o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, que considerou "que o inciso I do artigo 109 da Constituição não autoriza concluir que a Justiça Comum Estadual detém a competência para apreciar as ações que o empregado propõe contra seu empregador, pleiteando reparação por danos morais e patrimoniais".

Em seu bem fundamentado voto, o em. Ministro salientou que o caso é diferente para as ações em que a União, autarquias ou empresas públicas federais são partes interessadas nas causas entre o INSS e pessoas que buscam o recebimento de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho. Nesse caso, ressaltou o Ministro relator que a competência é da Justiça Comum dos estados, conforme estabelecido na Súmula 501 do Supremo.

No entanto, o Ministro afirmou que no caso de ação acidentária reparadora de danos que envolva um empregado contra o empregador, onde não há interesse da União, nem de autarquias ou de empresa pública federal, a competência deve ser da Justiça Trabalhista.

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, na ação o interesse diz respeito, apenas, ao empregado e seu empregador, sendo desses dois únicos protagonistas a legitimidade processual para figurar nos pólos ativo e passivo da ação. O Ministro sustentou que se a vontade objetiva do texto constitucional fosse excluir a competência da Justiça do Trabalho, teria feito isso no âmbito do artigo 114, "jamais no contexto do artigo 109, versante este último sobre a competência de uma outra categoria de juízes". Para o ministro, como a situação não se encaixa no inciso I do artigo 109, tais ações devem ser regidas pelo artigo 114 da Carta Magna, que trata das atribuições da Justiça Especial do Trabalho.

Essa mudança de entendimento, evidentemente, veio a colocar o trem nos trilhos. Sem dúvida, contrariava até o senso comum se reconhecer a competência da Justiça Estadual para julgar ações de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho promovidas pelo empregado contra o seu empregador. Isso porque, o fundamento jurídico da pretensão reparatória assenta-se na própria relação de empregado em face da qual o empregador

é um segurador do empregado quando no desempenho de suas atividades laborativas.

Destarte, andou bem o STF. Merece o aplauso de toda a comunidade jurídica, principalmente pela humildade de, em tempo curto, se penitenciar de seu erro e reformular o seu entendimento.

Recentemente, esse entendimento passou à condição de súmula vinculante nº 22, segunda a qual "A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional no 45/04."

f) *as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.*

É uma competência nova, antes atribuída aos juízes federais, que julgavam as ações – ordinárias e especiais (como, v. g., os mandados de segurança) – propostas em face de autuações lavradas pelos fiscais do trabalho, por violação, pelo empregador, da legislação trabalhista.

A partir da Emenda 45 compete a Justiça do Trabalho processar e julgar todas as ações propostas com o fim de anular ou questionar autos de infração com os quais as Delegacias Regionais do Trabalho (ou qualquer outro órgão de fiscalização das relações de trabalho) impõem penalidades administrativas (multas), ainda que sejam mandados de segurança¹⁷¹.

g) *a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.*

Essa competência, outrora da Justiça Federal, foi atribuída a Justiça do Trabalho pela EC 20/98, passando os juízes do trabalho a executar, de ofício, as contribuições sociais devidas pelo empregador e incidentes sobre a folha

de salário de seus empregados e as contribuições sociais devidas pelo empregado, *quando decorrentes das sentenças que proferirem.*

A Justiça do Trabalho, contudo, não será competente para executar as contribuições sociais decorrentes de acordos, a não ser quando homologados por ela¹⁷².

h) *e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.*

Podendo a lei ampliar a competência da Justiça do Trabalho, para nela incluir outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

4.12. Dos Tribunais e Juízes Eleitorais

A Justiça Eleitoral compreende os seguintes órgãos: (I) o *Tribunal Superior Eleitoral*; (II) os *Tribunais Regionais Eleitorais*; (III) os *Juizes Eleitorais*; e (IV) as *Juntas Eleitorais*.

O Tribunal Superior Eleitoral é órgão de cúpula da Justiça Eleitoral Brasileira ao qual compete, fundamentalmente, solucionar, em último grau, as questões eleitorais e uniformizar, em todo o País, a interpretação da lei eleitoral e garantir sua observância e aplicação, assegurando a lisura e seriedade do processo eleitoral, sendo irrecorríveis as suas decisões, salvo as que contrariarem a CF e as denegatórias de "habeas-corpus" ou mandado de segurança, que se sujeitam aos recursos extraordinário e ordinário, respectivamente, para o STF.

Foi criado em 24 de fevereiro de 1932 e instalado em 20 de maio do mesmo ano, com o nome de *Tribunal Superior da Justiça Eleitoral*. Porém, a

172. STJ, 1ª Seção, CC 41233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.11.2004 p. 218: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E TRABALHISTA. EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO EXTRAJUDICIAL. ARTIGO 114, § 3º, CF/88. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. '1. A competência da Justiça do Trabalho, conferida pelo § 3º do artigo 114 da Constituição Federal, para executar, de ofício, as contribuições sociais que prevê, decorre de norma de exceção, a ser interpretada restritivamente. Nela está abrangida apenas a execução de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados em decorrência de sentenças proferidas pelo Juízo Trabalhista, única suscetível de ser desencadeada "de ofício". 2. Não compete à Justiça Trabalhista processar execução movida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para cobrar contribuições sociais incidentes sobre pagamentos previstos em acordo celebrado extrajudicialmente, que não submetido à homologação judicial, do qual a autarquia sequer foi parte e que não traz qualquer menção a créditos previdenciários. 3. Compete à Justiça Federal processar e julgar a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (CF, art. 109, I)'. (Conflito de Competência nº 38.315/RJ, Rel. para o Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, DJ 23/08/2004) (...). 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro/RJ, o suscitante."

171. Desse modo, fica definitivamente afastada a jurisprudência do STJ que entendia ser de competência da Justiça Federal processar e julgar os mandados de segurança em face das autuações fiscais lavradas pelos fiscais do trabalho. Veja-se a seguinte ementa de julgamento: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DELEGADOS REGIONAIS DO TRABALHO. RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O julgamento de mandado de segurança impetrado contra atos de Delegados Regionais do Trabalho, consistentes na fiscalização e aplicação de sanções administrativas, não é da competência da Justiça Trabalhista, pois não se relaciona à demanda entre empregado e empregador. Portanto, compete à Justiça Federal apreciá-lo e julgá-lo. 2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, o suscitado." (STJ, CC 40216-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.08.2004, p. 78).

Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Eleitoral, e com ela o seu próprio Tribunal Superior, e atribuiu à União, privativamente, a competência para legislar sobre matéria eleitoral da União, dos Estados e dos Municípios.

O TSE foi novamente criado, já com a denominação atual, pelo Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945, instalando-se no dia 1º de junho do mesmo ano, na cidade do Rio de Janeiro, mudando-se, posteriormente, para Brasília.

Tem suas principais competências fixadas pela Constituição Federal e pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.7.65). Assim, segundo a Constituição (art. 121), é a lei complementar que disporá sobre a competência do TSE. Todavia, a própria Carta Magna fixa a competência recursal deste órgão quando dispõe que das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais caberá recurso ao TSE quando: (a) forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei; (b) ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; (c) versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; (d) anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; e (e) denegarem os chamados remédios constitucionais, isto é, o "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção (art. 121, § 4º).

Tem sede na Capital Federal (Brasília) e jurisdição em todo o território nacional. Compõe-se de *sete* Ministros, escolhidos da seguinte forma: a) *três* Ministros dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *eleitos* pelo voto secreto de seus próprios membros; b) *dois* Ministros dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, também eleitos pelo voto secreto de seus membros; e c) *dois* Ministros, *nomeados pelo Presidente da República*, dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal, sem qualquer participação da OAB. Na investidura dos Ministros do TSE não se exige a prévia aprovação de seus nomes pelo Senado Federal. Os Ministros do TSE são temporários e exercerão mandatos de dois anos, permitida uma recondução, de modo que servirão a Corte por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos. Para cada Ministro efetivo é eleito um substituto, escolhido na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria (art. 121, § 2º). O TSE elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente, necessariamente, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com a Constituição, haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: (I) mediante eleição, pelo voto secreto: a) de dois juízes

dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; (II) de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; (III) por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores.

Os Juízes Eleitorais são os Juízes de Direito no exercício da jurisdição eleitoral.

As Juntas Eleitorais são compostas de um juiz de direito, que será o presidente, e de 2 (dois) ou 4 (quatro) cidadãos de notória idoneidade (art. 36 do Código Eleitoral). Os membros das juntas eleitorais serão nomeados 60 (sessenta) dias antes da eleição, depois de aprovação do Tribunal Regional, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. Segundo o art. 40 do Código Eleitoral, compete à Junta Eleitoral: I – apurar, no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; II – resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; III – expedir os boletins de apuração mencionados no art. 178 do Código; IV – expedir diploma aos eleitos para cargos municipais.

4.13. Dos Tribunais e Juízes Militares

A Justiça Militar Compreende os seguintes órgãos: (I) o *Superior Tribunal Militar*; e (II) os *Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei*.

O Superior Tribunal Militar é o órgão de cúpula da Justiça Militar da União e se compõe de *quinze* Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo *três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica*, todos da *ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis*.

Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: (I) *três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional*; e (II) *dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar*.

A Justiça Militar da União é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei cometidos por militares das Forças Armadas. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Cumpra advertir que não se confundem a Justiça Militar da União (arts. 122 a 124) com a Justiça Militar dos Estados (art. 125, §§ 3º, 4º e 5º). Desse modo, o Superior Tribunal Militar não tem competência para julgar os recursos ou *habeas corpus* interpostos contra decisões dos Tribunais Militares dos Estados¹⁷³.

Isso porque o Superior Tribunal Militar, não obstante qualificado, constitucionalmente, como Tribunal Superior, atua como *órgão de segunda instância da Justiça Militar da União* (CF, art. 122, I). Isso significa, portanto, que o Superior Tribunal Militar não dispõe de competência, para, em tema de crimes militares praticados por integrantes da Polícia Militar e dos Corpos de Bombeiros Militares, reexaminar, quer em sede recursal, quer em sede de “*habeas corpus*”, as decisões que, nessa mesma matéria, hajam sido proferidas por Tribunais de Justiça locais ou, onde houver, por Tribunais de Justiça Militar, como ocorre nos Estados de São Paulo, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais (CF, art. 125, § 3º). Cumpra acentuar, neste ponto, por necessário, que a competência penal da Justiça Militar dos Estados-membros restringe-se, unicamente, tratando-se de crimes militares definidos em lei, aos membros integrantes da respectiva Polícia Militar, “ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil” (CF, art. 125, § 4º, na redação dada pela EC nº 45/2004).

As decisões proferidas em primeiro grau “pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça” são passíveis de controle recursal, em segunda instância, nos delitos militares praticados por “militares dos Estados” (CF, art. 125,

§ 4º), “pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes” (CF, art. 125, § 3º, na redação dada pela EC nº 45/2004).

4.14. Dos Tribunais e Juízes dos Estados

De acordo com a Constituição Federal, cumprem aos Estados organizar a sua própria Justiça, desde que observados os princípios constitucionais. A competência dos Tribunais de Justiça deverá ser definida na Constituição do Estado, sendo que a lei de organização judiciária é de iniciativa do Tribunal de Justiça. Na verdade, a competência da Justiça dos Estados é *residual*, compreendendo tudo o que não for de atribuição da Justiça Federal, do Trabalho ou Eleitoral.

Cabe aos Estados a instituição de seu sistema de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a *Justiça Militar estadual*, constituída, em primeiro grau, pelos *juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça* e, em segundo grau, pelo *próprio Tribunal de Justiça*, ou por *Tribunal de Justiça Militar* nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar *os militares dos Estados, nos crimes militares* definidos em lei e as *ações judiciais contra atos disciplinares militares*, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (art. 125, § 4º)¹⁷⁴.

Todavia, competem aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, *singularmente*, os *crimes militares cometidos contra civis* e as *ações judiciais contra atos disciplinares militares*, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

O Tribunal de Justiça também poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. Deve também instalar a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções

174. “O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.” (SÚM. 673).

173. Nesse sentido, ver a seguinte decisão do STF no CC n. 7346, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 07.09.2006: “Conflito Negativo de Competência entre o Superior Tribunal Militar (STM) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). ‘Habeas corpus’ impetrado, em favor de oficial da polícia militar, contra decisão emanada de Tribunal de Justiça Militar estadual. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça para, em referido contexto, processar e julgar a ação de ‘habeas corpus’. As decisões da justiça militar estadual estão sujeitas, unicamente, ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de superposição. O Superior Tribunal Militar não dispõe de competência de derrogação dos acórdãos emanados da Justiça Militar dos Estados-membros. A questão da competência penal da Justiça Militar da União e dos Estados-membros. O caráter anômalo da jurisdição penal castrense, outorgada à Justiça Militar da União, em tempo de paz, sobre civis. O caso ‘ex parte milligan’ (1866): uma ‘landmark decision’ da Suprema Corte dos EUA (RTJ 193/357-358). Reconhecimento, no caso, da competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, em sede originária, ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão emanada do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo”. Grifos nossos.

da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

5. DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

5.1. Do Ministério Público

5.1.1. Histórico

Ainda hoje não há um consenso no que diz respeito à origem do Ministério Público. Há quem cite o funcionário real do Egito, chamado de *Magiai*, como o antecedente mais remoto da instituição, pois tinha como funções zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos.

Nessa esteira, há quem vislumbre, ainda, no *desmodeta*, funcionário grego que era responsável pela vigilância da correta aplicação da lei, a origem do órgão ministerial. Contudo, não obstante tais funções se assemelharem às do *parquet*, há uma inclinação pela idéia de que foi na França que, primeiramente, se fez presente a instituição, sobretudo após a Revolução em 1789.

O grande problema na identificação do marco inicial da instituição é a escolha do parâmetro a ser seguido, afinal, ainda não há um consenso mundial quanto às suas funções e natureza jurídica, variando a depender do país.

A doutrina costuma apontar a separação das funções do processo penal como ponto de partida do *parquet*. Como já sabido, durante muito tempo a função de acusar era encargo do próprio julgador, ou mesmo do povo.¹⁷⁵

Foi assim que surgiu a perseguição aos delitos, movida de ofício pelos juízes, concentrando as funções de acusar e julgar em suas mãos. Neste período surgiram duas figuras que ainda não se coadunavam com o ofício de acusador oficial: os *curiosi* e os *stazionarii*, que tinham função semelhante à de polícia investigadora.

Assim, no início do século XIV, surgiram os procuradores do rei (*les gens du Roi*), que eram figuras com tratamento similar aos dos promotores, mas que tinham atribuições diferenciadas. Inicialmente, apenas defendiam os

175. Nesse passo, aduz-se que "Quando o povo romano, privado de todo poder político pelas usurpações do Império, adormeceu na obediência passiva, nenhum cidadão, salvo, excepcionalmente, os ofendidos, quis mais assumir o odioso risco de acusar os delinquentes." CARRARA *apud* GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.09.

interesses privados do rei, contudo, em meados do século XVII, adquiriram maior autonomia e passaram a ser os acusadores oficiais.

Foi após a Revolução Francesa que os procuradores do rei se consolidaram, conquistando as garantias da inamovibilidade e da independência perante o Executivo. Assim, de meros procuradores do rei, função hoje desempenhada por agentes específicos, passaram à condição de procuradores da sociedade, defendendo os interesses da coletividade.

Pelos fatos narrados acima é que a maior parte da doutrina considera a França como berço do Ministério Público.¹⁷⁶

5.1.2. O Ministério Público no Brasil pré-Constituição de 1988

Durante a fase colonial do Brasil, como se sabe, vigiam as normas do Direito Português. Contudo, ainda não se fazia presente o *parquet*, que viria aparecer séculos depois. A fase monárquica proporcionou alguns avanços para o surgimento da instituição. A Constituição Imperial de 1824 não dispensou disciplina específica ao Ministério Público, porém havia referência a um procurador da coroa, encarregado de proceder às acusações que não eram de competência da Câmara dos Deputados.

Houve referências ao promotor da ação penal em algumas legislações criminais da época, mas, como a denúncia podia ser oferecida por qualquer do povo (art. 74 do Código de Processo Criminal de 1832), ainda não havia grande relevância na função ministerial. O pequeno prestígio da instituição pode ser demonstrado pelo fato de que os eleitores podiam ser jurados, e estes podiam ser promotores, ou seja, um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto a ser promotor.

Por conta do grande relevo histórico da Lei 2.040, de 28 de setembro de 1871, chamada de Lei do Ventre Livre, foi concedida aos promotores a função de velar pelo registro e proteção dos filhos libertos dos escravos.

Em suma, durante o período monárquico, houve algumas inovações legislativas que deram ao Ministério Público certa organicidade e um perfil institucional, mas foi no período republicano, iniciado pelo Governo Provisório da República, que houve significativos avanços com relação ao *parquet*.

176. Nesse sentido, o magistério do mestre alemão Roxin: "El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés y hunde sus raíces en la Gran Revolución francesa del siglo XVIII es, entoces, herencia del Iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria." ROXIN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*. In: ROXIN, Claus, et al. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p.121.

A Constituição Republicana de 1891 associou o Ministério Público ao Poder Judiciário, determinando as formas de escolha e atuação de seus membros, mas foi no art. 158 do decreto 9.272, de 1911, que se consolidou importante preceito acerca do *parquet*: "O Ministério Público, perante as autoridades constituídas, é o advogado da lei e o fiscal de sua execução, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito". Neste período já é visível a aproximação da instituição com os rumos atuais.

A Constituição de 1934 associou o órgão ao Poder Executivo e o individualizou, inserindo-o dentre os órgãos de cooperação das atividades governamentais.

Ultrapassando a Carta de 1937, que não dispensou tratamento específico ao Ministério Público, veio a Constituição de 1946, que conferiu título próprio ao órgão e o dissociou dos demais poderes estatais. Nesse contexto, foram previstas a estabilidade, a inamovibilidade e a necessidade de concurso público para ingresso na carreira.

A Carta de 1967 não proporcionou alterações significativas no órgão ministerial, mas o introduziu novamente no bojo do Poder Judiciário, fato este que se modificou com a Emenda Constitucional nº1/1969, que alocou o Ministério Público no Poder Executivo.

Por fim, antes da Carta de 1988, houve a Lei Complementar 40/1981, que deu os principais contornos daquilo que seria determinado sete anos depois. Dentre os principais avanços, pode-se destacar que: o órgão foi considerado como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; fixou-se os princípios da unidade, indivisibilidade e da autonomia funcional e a outorga de autonomia administrativa e financeira.

5.1.3. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988

Ao longo do tópico anterior ficou visível a quantidade de transformações que o Ministério Público sofreu ao longo de todas as Constituições, principalmente no que diz respeito à sua vinculação, ou não, aos Poderes do Estado. A Constituição de 1988 inseriu a instituição no Capítulo IV, referente às "Funções Essenciais à Justiça", que integra o Título IV, denominado "Da Organização dos Poderes". Nada obstante as grandes discussões ocorridas nas Constituições anteriores, a própria Carta Magna atual proporciona inúmeros debates quanto ao assunto.

Sabe-se que a moderna doutrina constitucionalista vem rejeitando a classificação do Judiciário, Legislativo e Executivo como os três poderes do Estado, pois, afinal, o poder estatal é uno, dividido apenas em funções. Neste

caso, o mais correto seria falar nas três funções do Estado. Todavia, por se tratar de expressão já arraigada, a denominação utilizada será a clássica, qual seja, *poderes do Estado*.

Na classificação constitucional, o Ministério Público não integra nenhum dos poderes estatais, constituindo instituição independente e autônoma. Contudo, fugindo à determinação Constitucional, em 2003, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a autonomia do *parquet*, o incluiu sob a égide do Poder Executivo.

Em acórdão da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, o STF, no bojo de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, justificou sua decisão com uma frase que acabou criando mais polêmica sobre a instituição do Ministério Público: "[...] não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo"¹⁷⁷. Muito se especulou à época, visando entender quais motivos levariam a Corte Suprema a chegar a essa conclusão.¹⁷⁸

De mais a mais, não se vê óbice no fato da Constituição contemplar a existência dos três poderes e criar órgãos independentes, destituídos de qualquer vinculação com o Judiciário, Executivo e Legislativo. Esse parece ser o entendimento mais acertado diante de uma interpretação sistemática da Constituição Federal. Contudo, diante de uma interpretação teleológica, pode-se identificar o Ministério Público como o quarto poder estatal.¹⁷⁹

Deve-se frisar que, na prática, não há tanta relevância em saber se a instituição é um quarto poder, ou não.¹⁸⁰

177. Pleno, ADI nº 132/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, DJU de 30/05/2003, p.28.

178. Apesar de não ter havido consenso, Emerson Garcia deduziu que: "como o Tribunal, a exemplo da doutrina clássica, não conseguiu se desatar das amarras da teoria dos poderes cunhada por Montesquieu, acrescentando-se que a própria Constituição de 1988, em seu art. 2º, prestigiou a sua literalidade, a conclusão foi cunhada a partir de um critério de exclusão. Não sendo o Ministério Público propriamente um órgão legislativo e, muito menos, jurisdicional, o mais cômodo é incluí-lo sob a epígrafe do Poder Executivo". GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.45.

179. Nesse sentido as palavras do Ministro Alfredo Valladão, citado por Emerson Garcia: "O Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria triplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria ele - o que *defende* a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes dos Estado." VALADÃO, Alfredo *apud* GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.45.

180. Nesse passo, tem-se que "o árduo caminho percorrido pela Instituição até a obtenção das prerrogativas que ostenta e do reconhecimento social que as mantém são suficientes para demonstrar que discussões como essa servem unicamente para alimentar frívolas vaidades". GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.45.

Esta, inclusive, foi a idéia defendida pelo próprio Min. Sepúlveda Pertence, não obstante considerar a instituição como pertencente ao Poder Executivo.

O que realmente interessa é entender a importância do órgão para a sociedade e para o Estado, pois, com a promulgação da Constituição de 1988, o *parquet* redobrou sua relevância social, principalmente no que diz respeito aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁸¹, além da titularidade da ação penal.

Demais de tudo isso, é certo e incontroverso que o Ministério Público é órgão constitucional independente e autônomo, considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Muito já se falou do Ministério Público, como se pôde notar. Hoje não há mais dúvida de que se trata de um órgão político, como elevadíssimas funções políticas, integrado por agentes políticos aos quais compete a defesa da ordem jurídica, da sociedade civil e dos valores constitucionais.

É órgão que goza de ampla *autonomia funcional e administrativa*, podendo, observado o disposto no art. 169, *propor ao Poder Legislativo* (iniciativa de lei) a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira. Cumpre ao próprio Ministério Público elaborar a sua proposta orçamentária dentro de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

De acordo com o art. 128, o Ministério Público abrange os seguintes ramos:

I. O *Ministério Público da União*, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II. Os *Ministérios Públicos dos Estados*.

181. "O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas." (RE 472.489-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-4-2008, Segunda Turma, DJE de 29-8-2008.) No mesmo sentido: Al 516.419-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-11-2010, Segunda Turma, DJE de 30-11-2010.

O Ministério Público da União tem por *chefe o Procurador-Geral da República*, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Já relativamente aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, competem-lhes formar lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

5.1.4. Princípios institucionais

Segundo a Constituição, são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. É órgão uno e indivisível, como é, aliás, todo o poder do Estado. Nada obstante, ele atua através de *ramos distintos*, que oficiam perante órgãos judiciais também distintos (o MPF perante a Justiça Federal; o MPT perante a Justiça do Trabalho; o MPM perante a Justiça Militar; o MP dos Estados perante a Justiça dos Estados).

5.1.4.1. Unidade

Por este princípio entende-se que o Ministério Público se trata de um único órgão, sob a direção e comando de um só chefe (Procurador-Geral). Vale a advertência de que a divisão atende a critérios eminentemente funcionais, e que a referida *unidade* está inserta em cada órgão ministerial, inexistindo a mesma entre os vários ramos do Ministério Público da União, bem como entre este e o Ministério Público dos Estados.

5.1.4.2. Indivisibilidade

Trata-se de consequência lógica do próprio princípio da unidade. Como seu corolário, significa que, nos processos, os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, observado o disposto em lei. Nestes casos, pode-se dizer que quem atua é a instituição.

5.1.4.3. Independência funcional

Como o próprio nome sugere, os membros do Ministério Público são independentes do desempenho de suas funções. Possuem, por assim dizer, a chamada *autonomia de convicção*, de modo que não se sujeitam a qualquer poder hierárquico ou se subordinam a quaisquer ordens de atuação. A hierarquia existente limita-se à vertente administrativa, todavia, do ponto funcional, não há que se falar nela.¹⁸²

5.1.5. Garantias e impedimentos dos membros do Ministério Público

Os seus membros gozam das seguintes garantias: a) *vitaliciedade*, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) *irredutibilidade de subsídio*, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressaltado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I.

Submetem-se, porém, às seguintes *vedações*: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério¹⁸³; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoa físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. Aplica-se aos membros do Ministério Público, outrossim, o disposto no art. 95, parágrafo único, V (que veda o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração).

182. Complementando os princípios institucionais, malgrado a ausência de menção expressa no art. 127, § 1º, do Texto Maior, pode-se citar a existência do princípio do *promotor natural*, com fundamento no art. 5º, LIII, da Constituição de 1988, segundo o qual: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente." Veda-se, dessa forma, a criação das figuras do *promotor de exceção*, ou *promotor ad hoc*, absolutamente incompatíveis com a Carta Magna.

183. "Ministério Público estadual. Exercício de outra função. (...) O afastamento de membro do *Parquet* para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo." (ADI 3.574, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-5-2007, Plenário, DJ de 1º-6-2007.) No mesmo sentido: MS 26.595, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 7-4-2010, Plenário, DJE de 11-6-2010; ADI 3.298, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-5-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.

5.1.6. Funções institucionais

No art. 129 estão previstas as seguintes funções institucionais do Ministério Público: (I) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (II) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (III) promover o inquérito civil e a ação civil pública¹⁸⁴, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (IV) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; (V) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; (VI) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; (VII) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; (VIII) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (IX) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A Constituição prevê o monopólio institucional das funções do Ministério Público, que só podem ser exercidas por integrantes da carreira.

O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no

184. "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidade escolares." (SÚM. 643). Vide também: "O Ministério Público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação." (RE 470.135-AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 22-5-07, DJ de 29-6-07). "O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública voltada a infirmar preço de passagem em transporte coletivo." (RE 379.495, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11-10-05, DJ de 20-4-06). "O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito." (RE 441.318, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-10-05, DJ de 24-2-06). "O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público decorrente de contratação de serviço hospitalar privado sem procedimento licitatório." (RE 244.217-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-05, DJ de 25-11-05). No mesmo sentido: RE 262.134-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07; AI 383.919-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-2-03, DJ de 11-4-03.

mínimo, três anos de atividade jurídica¹⁸⁵ e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

5.1.7. Conselho Nacional do Ministério Público

Existe a previsão, ademais, de um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros: o *Conselho Nacional do Ministério Público*.

O CNMP compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, nos termos do art. 130-A.

Integram o Conselho:

- I – o Procurador-Geral da República, que o preside;
- II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras (MPF, MPT, MPM e MPDFT);
- III – três membros do Ministério Público dos Estados;
- IV – dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
- V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Vale lembrar que nos termos do art. 103-A, § 1º, os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

185. "Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º, caput e parágrafo único, da resolução n. 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da Resolução n. 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal territórios. A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes às carreira ministerial pública. Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado 'atividade jurídica' é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos. Ação improcedente." (ADI 3.460, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 31-8-06, DJ de 15-6-07).

Conforme verificado, a Emenda Constitucional nº 45/04 atribuiu ao Conselho Nacional do Ministério Público a função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Nesse passo, é possível sistematizar, à luz do Texto Supremo, que são atribuições do Conselho:

- I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;
- III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
- IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
- V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil officiará junto ao CNMP.

Para além de haver instituído o CNMP, a Constituição Federal determinou que a União e os Estados devem criar, por suas Leis, *Ouvidorias* do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

5.1.8. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

Também prevê a Constituição Federal um órgão especial do Ministério Público, que não se confunde com o Ministério Público da União, nem com o Ministério Público dos Estados, qual seja, *o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*, cujos membros são destinatários das mesmas disposições constitucionais reportadas acima pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura¹⁸⁶. Mas não tem esse órgão autonomia administrativa¹⁸⁷.

186. "A questão pertinente ao Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas Estadual: uma realidade institucional que não pode ser desconhecida. Conseqüente impossibilidade constitucional de o Ministério Público Especial ser substituído, nessa condição, pelo Ministério Público Comum do estado-membro. Ação Direta julgada parcialmente procedente. (...) O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas – que configura uma indiscutível realidade constitucional – qualifica-se como órgão estatal dotado de identidade e de fisionomia próprias que o tornam inconfundível e inassimilável à instituição do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros. Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130). O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um *status* jurídico especial e ensejando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas." (ADI 2.884, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-12-04, DJ de 20-5-05).

187. O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas não tem autonomia administrativa, tampouco se confunde com o Ministério Público Estadual e com o Ministério Público da União. Nesse sentido, conferir o seguinte acórdão do STF: "Atuação de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas. Ofensa à Constituição. Está assente na jurisprudência deste STF que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União, o que impede a atuação, ainda que transitória, de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas (...). Escorreita a decisão do CNMP que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça, que oficiavam perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, às suas funções próprias no Ministério Público estadual, não sendo oponíveis os princípios da segurança jurídica e da eficiência, a legislação estadual ou as ditas prerrogativas do Procurador-Geral de Justiça ao modelo institucional definido na própria Constituição." (MS 27.339, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009.) No mesmo sentido: ADI 3.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-2-2009,

Assim, a Constituição Federal não conferiu ao Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas autonomia administrativa. Também em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, *individualmente*, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam.

Ademais, oportuno registrar que o Ministério Público comum não é parte legítima para atuar perante os Tribunais de Contas, afinal, conforme sinalizado, essa participação foi constitucionalmente reservada aos membros integrantes do Ministério Público especial.

5.2. Da Advocacia Pública

A Advocacia Pública é órgão de representação judicial e extrajudicial da entidade estatal, cabendo-lhe, ademais, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Envolve a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos do art. 131, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O ingresso nas classes iniciais da carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Em consonância com o seu art. 2º, a Advocacia-Geral da União compreende, (i) como *órgãos de direção superior*: a) o Advogado-Geral da União; b) a Procuradoria-Geral da União e a da

Plenário, DJE de 29-5-2009; ADI 3.160, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009; ADI 2.068, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003.

Fazenda Nacional; c) Consultoria-Geral da União; d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União; (ii) como *órgãos de execução*: a) as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas; b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas; e (iii) como *órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União*: o Gabinete do Advogado-Geral da União.

Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O Advogado-Geral da União é auxiliado por dois Secretários-Gerais: o de Contencioso e o de Consultoria. São membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

A Procuradoria-Geral da União, subordinada direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, tem por chefe o Procurador-Geral da União a quem compete representá-la junto aos tribunais superiores. Às Procuradorias-Regionais da União cabe sua representação perante os demais tribunais. Às Procuradorias da União organizadas em cada Estado e no Distrito Federal, incumbe representá-la junto à primeira instância da Justiça Federal, comum e especializada. O Procurador-Geral da União também pode atuar perante os demais tribunais e à primeira instância da Justiça Federal, comum e especializada, e os Procuradores Regionais da União junto à primeira instância da Justiça Federal, comum e especializada.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente: (a) apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial; (b) representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário; (c) examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos,

ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; e (d) representar a União nas causas de natureza fiscal. São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: I - tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária; II - empréstimos compulsórios; III - apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras; IV - decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal; V - benefícios e isenções fiscais; VI - créditos e estímulos fiscais à exportação; VII - responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos; VIII - incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

Segundo o art. 20 da LC 73/93, as carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico compõem-se dos seguintes cargos efetivos: I - carreira de Advogado da União: a) Advogado da União da 2a. Categoria (inicial); b) Advogado da União de 1a. Categoria (intermediária); c) Advogado da União de Categoria Especial (final); II - carreira de Procurador da Fazenda Nacional: a) Procurador da Fazenda Nacional de 2a. Categoria (inicial); b) Procurador da Fazenda Nacional de 1a. Categoria (intermediária); c) Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial (final); III - carreira de Assistente Jurídico: a) Assistente Jurídico de 2a. Categoria (inicial); b) Assistente Jurídico de 1a. Categoria (intermediária); c) Assistente Jurídico de Categoria Especial (final).

As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas federais são órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União. A Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002, criou a Procuradoria-Geral Federal vinculada à Advocacia-Geral da União. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

De acordo com o art. 132, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Aos procuradores é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação

de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Os Municípios também podem organizar a Advocacia Pública Municipal e a carreira dos Procuradores Municipais.

5.3. Da Advocacia

Em conformidade com o art. 133, da Constituição, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

É inegável o papel do advogado na consolidação do Estado Democrático, razão por que a Constituição lhe destina a garantia da inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão, sujeito apenas aos limites estabelecidos no estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94).

Sendo assim, o advogado é imprescindível para a defesa de direitos perante o Poder Judiciário¹⁸⁸, não sendo sem razão a sua presença entre as funções essenciais à justiça.

5.4. Da Defensoria Pública

De acordo com o art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma

188. Essa imprescindibilidade, porém, é relativa, podendo ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais, em processos de natureza cível, como já decidiu o STF, conforme a seguinte ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Juizados especiais federais. Lei 10.259/2001, art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal." (ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-6-06, DJ de 3-8-07).

do art. 5º, LXXIV. O § 2º do art. 134, introduzido pela EC 45/04, assegurou às Defensorias Públicas Estaduais *autonomia funcional* e *administrativa* e a *iniciativa de sua proposta orçamentária* dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Efetivamente, é inegável o *reforço* que a EC 45 propiciou na consolidação dos direitos humanos e, mais especificamente, na *efetivação judicial desses direitos*, circunstância que prestigia a *dignidade da pessoa humana* – elevada pela Constituição Federal de 1988 a *pilar ético-político-jurídico* do Estado Brasileiro –, e amplia o grau de Democracia do nosso Estado.

Tal ocorreu devido, não só à possibilidade de *equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos a emendas constitucionais* (Art. 5º, § 3º, já examinado) e à *submissão do Estado Brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, cuja criação tenha manifestado adesão (Art. 5º, § 4º, também já analisado), mas, notadamente, em razão da *atribuição*, a nível constitucional, de *autonomia funcional, administrativa e financeira* às Defensorias Públicas Estaduais, em face do que consta no novel § 2º introduzido ao art. 134 (as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal ficaram de fora da EC 45/04).

Ora, como de conhecimento convencional, é por meio das Defensorias Públicas que o Estado cumpre o seu *dever constitucional de garantir o acesso à Justiça* das pessoas desprovidas de recursos financeiros para fazer frente às despesas com advogado e custas do processo. Nesse contexto, as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, conseqüentemente, de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, vez porque atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao Poder Judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais.

Avanço inigualável e inédito no sistema constitucional brasileiro, e sem paralelo no direito comparado, a Democracia Brasileira atinge o que talvez seja o seu ápice de amadurecimento e expansão, com a concessão às Defensorias Públicas Estaduais, órgãos imprescindíveis para a afirmação da dignidade humana e, em conseqüência, para a cidadania, de *independência funcional, administrativa e financeira*, permitindo a *iniciativa de sua proposta orçamentária* dentro dos limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias. Com isso, passam as Defensorias Públicas Estaduais a titularizar a *prerrogativa constitucional*, irrecusável e indisponível, de elaborar as propostas de orçamento do órgão para fazer frente às despesas de pessoal, estrutura e funcionamento, de modo a melhorar e eficientemente garantir o acesso à

Justiça dos economicamente deficientes, subordinando-se, tão-somente, aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, em tudo semelhante ao que já ocorre com os Poderes Legislativo e Judiciário e com o Ministério Público.

E para que tal autonomia não permaneça no vazio e no plano abstrato das aspirações, a EC nº 45/04 deu nova redação ao art. 168 da Constituição Federal, para determinar que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos da Defensoria Pública, lhes sejam entregues até o dia 20 de cada mês, em situação idêntica da que já se verifica com os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público.

O propósito axiomático da EC 45/04, ao garantir a autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias Públicas Estaduais, foi prover esses órgãos de defesa da cidadania de independência frente aos outros órgãos do Poder Executivo e de melhorias com pessoal e estrutura, para o seu bom funcionamento, conferindo-lhes a liberdade para, quando da elaboração de suas propostas orçamentárias, contemplarem os subsídios dos Defensores Públicos e a remuneração de seus Servidores, condignos e compatíveis com a nobreza e elevada relevância, agora mais do que merecidamente reconhecida, das funções que lhes foram constitucionalmente concedidas.

E é a partir dessa perspectiva – autonomia financeira para a elaboração de sua proposta orçamentária que defina, entre as melhorias institucionais, e atendidos tão-somente os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, os recursos suficientes para pagamento dos seus membros e servidores – que se deve reconhecer às Defensorias Públicas Estaduais a *iniciativa privativa* de propor às Assembléias Legislativas a *fixação* dos subsídios e da remuneração de seu pessoal, dentro dos limites da previsão orçamentária e observados, obviamente, os respectivos sub-tetos (subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, para os Defensores Públicos; e o subsídio do Governador do Estado, para os Servidores do órgão).

Essa interpretação se impõe, não só porque é a única que confere *maior efetividade* ao § 2º inserido ao art. 134 da Constituição (que assegura a autonomia financeira), como também porque é a que melhor *compatibiliza* e *conforma* o citado parágrafo ao texto originário da Constituição, em especial com os direitos fundamentais. E essa conclusão é inevitável, haja vista que, em tema de interpretação constitucional, submetida a uma Nova Hermenêutica, sobrelevam os princípios *concretistas* da *máxima efetividade* e da *interpretação conforme a Constituição* (que, particularmente, preferimos designar, na hipótese presente, de *interpretação conforme os direitos fundamentais*)

que *devem* nortear e conduzir o intérprete da Constituição na sua nobre e difícil missão de revelar e construir/reconstruir o significado e alcance dos preceitos constitucionais.

Com efeito, não faria sentido a Constituição, pela EC 45/04, reconhecer e assegurar a autonomia financeira às Defensorias Públicas Estaduais para elaborarem os seus próprios orçamentos (*o mais*), e não lhes creditar a simples iniciativa para propor ao Poder Legislativo respectivo, dentro de sua dotação orçamentária (art. 169 da CF/88), a fixação do subsídio de seus membros e da remuneração de seus servidores (*o menos*). Nessa linha de ponderação, e a partir do princípio *hermenêutico-concretizador* da *máxima efetividade* – segundo o qual, na interpretação constitucional, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (J.J. Gomes Canotilho), no sentido de que o intérprete da Constituição “interprete as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia” (Inocêncio Mártires Coelho) e que “a interpretação da Constituição é concretização” (Konrad Hesse: “*Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung*”) –, deve-se conceber a garantia institucional da autonomia financeira das Defensorias Públicas Estaduais como ampla e abrangente, a compreender, outrossim, a *iniciativa* para propor a *fixação* do subsídio e da remuneração de seu pessoal.

Mas não é só. Isso porque, essa garantia também decorre da exigência imposta pela *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, destacada pela necessidade de proteção judicial dos direitos da pessoa humana, circunstância que a torna *irrecusável* e *indisponível* por parte do próprio órgão dela destinatário. Nesse particular, cumpre esclarecer que a necessidade de tutela judicial dos direitos fundamentais reclama a própria criação e o *fortalecimento* das organizações governamentais de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, tudo isso leva a crer que a tríplice autonomia funcional-administrativa-financeira assegurada pela EC 45/04 às Defensorias Públicas Estaduais, não é uma garantia dos membros e servidores desses órgãos, mas, sim, uma *garantia* da *cidadania* e das *liberdades públicas*, que determinam o aprimoramento estrutural e pessoal dessas instituições tão fundamentais e indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, à dignidade da pessoa humana e à concretização dos direitos humanos.¹⁸⁹

189. Esses comentários à autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais foram extraído de: Dirley da Cunha Júnior, *Reforma do Judiciário e a autonomia das defensorias públicas estaduais*, in *Jornal A Tarde*, publicado em 09.01.2005.

E como inegável norma de garantia institucional, o preceito em comento é auto-aplicável e de observância obrigatória por parte dos Estados¹⁹⁰ que devem imediatamente emendar as suas constituições para o implemento dessas conquistas.

Recentemente foram editados dois diplomas legais ampliando as atividades da Defensoria Pública na área de defesa dos direitos humanos, circunstância que só vem corroborar a importância dessa instituição para a consolidação dos valores democráticos. Com efeito, foi editada a Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. E a Lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 306 do Código de Processo Penal, para tornar obrigatório o encaminhamento de cópia integral do *auto de prisão em flagrante*, acompanhado de todas as oitivas colhidas, *para a Defensoria Pública, caso o autuado não informe o nome de seu advogado*. O art. 306 do CPP passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º *Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (...)*".

Em 16 de agosto de 2007, foi proposta, pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada com o nº 3943-1, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade do inciso II, do art. 5º, da Lei Federal nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.448/07. Esta última Lei, como visto

190. Nesse sentido, STF, ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, DJ de 11-5-07: "Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública à Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do Relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes."

acima, alterou a Lei da ACP (Lei 7.347/85), para conferir *legitimidade ativa* a Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. Argumenta a CONAMP, em síntese, que a norma legal que conferiu legitimidade ativa a Defensoria Pública afeta diretamente a atribuição do Ministério Público para a promoção da ação civil pública, tendo em vista que cabe ao órgão do MP a titularidade desta ação coletiva. Aduz, ademais, que a norma impugnada viola o art. 5º, inciso LXXIV e o art. 134, todos da Constituição Federal, pois a Defensoria Pública só está autorizada constitucionalmente a defender os interesses *individuais* das pessoas necessitadas, e não os coletivos ou difusos.

Sem razão a CONAMP. Seus argumentos, numa simples análise superficial, são manifestamente improcedentes. Primeiro, porque a promoção da ação civil pública pelo MP **não afasta** a legitimidade de terceiros, em conformidade com o que pode prever a lei. Assim, a titularidade da ação civil pública não é exclusiva do MP, na medida em que, consoante a dicção expressa do § 1º do art. 129, "A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei". Logo, está claro que a lei pode atribuir a legitimidade para propositura da ação civil pública a terceiros, máxime se o terceiro é a Defensoria Pública, órgão que, repese-se, reveste-se de importância ímpar para a proteção, *individual* ou *coletiva*, dos direitos em juízo das pessoas carentes de recursos financeiros. Segundo, porque a Constituição, não só autorizou, mas verdadeiramente impôs que o Estado, através da Defensoria Pública, preste a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, não limitando a natureza desta defesa, que pode, obviamente, ser individual ou coletiva. Exemplifiquemos: pode a Defensoria Pública Estadual, através de Defensor Pública lotado em uma comarca, propor tanto uma ação civil individual, pelo rito ordinário, contra o Município para o fim de garantir a matrícula de *uma* criança pobre no ensino fundamental de uma Escola Pública, como pode propor uma ação civil pública contra o mesmo Município para o fim de assegurar a matrícula de *todas* as crianças pobres que não tiverem garantido o direito de acesso ao ensino fundamental gratuito. Além disso, seria absolutamente incoerente se admitir a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública, que são entidades privadas da Administração Pública indireta (Lei 7.347/85, inciso IV), e de associações, que são também entidades privadas (Lei 7.347/85, inciso V), e não se conformar com a legitimidade ativa da Defensoria Pública, órgão constitucional essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 134).

Acrescente-se a tudo isso, aquilo que já foi objeto de nossa exposição: a Defensoria Pública, com a EC nº 45/04, conquistou um espaço constitucional

de significativa importância para a efetivação dos direitos humanos. Assim, todas as normas constitucionais que dispõem sobre a Defensoria Pública devem ser interpretadas amplamente e com a máxima efetividade, para delas extrair o sentido que possibilite uma maior proteção dos direitos das pessoas carentes. Sendo assim, a atribuição legal de legitimidade ativa a Defensoria Pública para propor ação civil pública está em absoluta consonância com as normas constitucionais que disciplinam a atuação e as prerrogativas deste órgão.

A Defensoria Pública, enquanto órgão constitucional indispensável à promoção do *acesso à justiça* das pessoas pobres e, em consequência, instrumento fundamental de *inclusão social*, necessita de melhor estrutura e maiores garantias. Apesar dos avanços permitidos pela EC nº 45/04, que consagrou entre nós a autonomia da Defensoria Pública Estadual, é importante um tratamento constitucional mais ousado de ordem a possibilitar o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas – da União, dos Estados e do Distrito Federal –, que, em última análise, importará no fortalecimento da própria cidadania e promoção da justiça social. Por isso mesmo, devemos aplaudir a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 487/2005¹⁹¹, de autoria do eminente Dep. Roberto Freire, que tramita na Câmara dos Deputados e dispõe sobre relevantes mudanças na disciplina constitucional das Defensorias, atribuindo a estes órgãos maior independência, como a possibilidade de indicar o chefe da instituição, a iniciativa legislativa, maiores garantias para os Defensores Públicos (foro especial em razão da função, vitaliciedade, etc) e a legitimidade do Defensor Público-Geral para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Esta PEC, longe de empenar o sistema de equilíbrio entre os Poderes, vem fortalecê-lo, pois retirará, definitivamente, os órgãos da Defensoria Pública da tradicional e inconveniente sujeição ao Poder Executivo, situação que só interessa a governos tiranos.¹⁹¹

191. A PEC nº 487/2005 já foi aprovada em todas as Comissões na Câmara dos Deputados e, conforme consulta feita em 27 de janeiro de 2008, depende apenas de votação plenária por esta Casa. Vide: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=308870.

CAPÍTULO XIX

DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Sumário • 1. Considerações gerais – 2. Do Sistema Constitucional das Crises e dos Estados de Exceção: 2.1. Do Estado de Defesa; 2.2. Do Estado de Sítio; 2.3. Das disposições comuns aos Estados de Defesa e de Sítio – 3. Das Forças Armadas – 4. Da Segurança Pública.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

No título V de seu texto, a Constituição se dedicou a dispor de um conjunto de normas destinadas a garantir a soberania do Estado, o respeito pelo regime democrático e pelas instituições políticas, visando manter o *equilíbrio constitucional* entre as forças políticas do poder e a *normalidade das relações sociais* e da vida das pessoas.

Assim, tratou de ordenar e reunir uma pluralidade de mecanismos e instituições necessárias à estabilização constitucional, à restauração da ordem pública e da paz social quando rompidas, à defesa da pátria e dos poderes constitucionais e à preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Delineou os chamados estados de exceção, demarcando os seus pressupostos e limites; tratou das atribuições e da finalidade das forças armadas, associando-as aos valores democráticos; e por fim cuidou da segurança pública e dos órgãos essenciais para cumprir os seus objetivos.

2. DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES E DOS ESTADOS DE EXCEÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 se apresenta, inegavelmente, como a mais democrática das Constituições de todos os tempos e incomparavelmente uma das mais avançadas do mundo. Motivada pela necessidade de por fim a um regime de odiosa repressão das liberdades públicas e preocupada em manter, sob ferro e fogo, os valores democráticos associados à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à justiça social, à igualdade material e ao pluralismo político, a Constituição consagrou um *sistema* necessário a conter e superar os fatos que possam desencadear *situações de crises* que comprometam aqueles valores.

A esse sistema necessário a debelar as situações crises, a doutrina brasileira vem normalmente denominando de *sistema constitucional das crises*, que, na dicção de Aricê Moacyr Amaral Santos, consiste num “conjunto

ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional"¹.

O sistema constitucional das crises é, sem dúvida, um sistema jurídico. Compõe-se de um conjunto de normas constitucionais que ordenam e delimitam as providências estritamente necessárias para controlar as graves crises político-institucionais. Por serem normas jurídicas, são informadas e determinadas por princípios que devem ser obrigatoriamente observados. Essas normas traçam os chamados *estados de exceção*, aqui entendidos como um conjunto de medidas e providências *excepcionais* que têm por finalidade afastar aquelas situações de crise e restaurar a normalidade, a ordem, a paz social e o equilíbrio constitucional entre as instituições políticas. Em face da excepcionalidade dessas medidas, os estados de exceção, quando decretados, afastam provisoriamente a legalidade constitucional ordinária e instauram, por tempo certo, uma *legalidade constitucional extraordinária*.

Como providências excepcionais, os estados de exceção submetem aos *princípios* (a) da *necessidade*, na medida em que só em último caso e quando não houver nenhuma outra solução menos severa, é que é possível a eles recorrer; (b) da *temporariedade*, pois suas medidas não podem durar por tempo indefinido, mais do que o prazo necessário; (c) da *proporcionalidade*, tendo em vista que as providências a serem adotadas não podem conter excessos, devendo ser adequadas e proporcionais; e (d) do *controle político e judicial*, haja vista que são, ao mesmo tempo, mecanismos políticos e jurídicos, submetendo-se, portanto, tanto ao controle político do Congresso Nacional (inclusive para a manutenção ou decretação dos próprios estados de exceção), como ao controle do Poder Judiciário quando as suas medidas não observarem os outros princípios ou afetarem abusivamente direitos e garantias fundamentais.

A Constituição prevê *duas* espécies de estados de exceção: 1) o *Estado de Defesa* (art. 136); e 2) o *Estado de Sítio* (art. 137). Em razão dos pressupostos e da extensão das medidas de restrição que pode adotar, o Estado de Sítio é seguramente o mais severo dos estados de exceção.

2.1. Do Estado de Defesa

O Estado de Defesa se apresenta como uma providência constitucional, de caráter excepcional, que pode ser adotada pelo Presidente da República,

depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com vistas a preservar ou prontamente restabelecer, em *locais restritos e determinados*, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

O decreto que instituir o estado de defesa determinará o *tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará*, nos termos e limites da lei, *as medidas coercitivas a vigorarem*, dentre as seguintes: (I) restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (II) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

O tempo de duração do estado de defesa *não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período*, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

Na vigência do estado de defesa: (I) a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; (II) a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; (III) a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; (IV) é vedada a incomunicabilidade do preso.

Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por *maioria absoluta*. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. Rejeitado o decreto, deve-se cessar imediatamente o estado de defesa.

O Estado de Defesa, por conseguinte, só pode ser decretado na presença de determinados *pressupostos*, de *fundo* e de *forma*.

São pressupostos de *fundo*: preservar ou prontamente restabelecer, em *locais restritos e determinados*, a ordem pública ou a paz social (1) ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou (2) atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

1. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*, p. 32. Conforme José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 735.

São pressupostos de *forma*: 1) decreto do Presidente da República; 2) ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, cuja manifestação, apesar de obrigatória, *não vincula* o Presidente; 3) o decreto que instituir o estado de defesa deve determinar o tempo de sua duração (que *não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período*, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação); as áreas a serem abrangidas e indicar as medidas coercitivas a vigorarem dentre aquelas previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 136; e 4) submeter o decreto, tanto o que estabelece o Estado de Defesa como o que o prorroga, dentro de vinte quatro horas, a posterior aprovação do Congresso Nacional.

2.2. Do Estado de Sítio

Relativamente ao Estado de Sítio, e também em consonância com a Constituição, o Presidente da República pode, depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, *solicitar* ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: (I) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; (II) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por *maioria absoluta*.

O decreto do estado de sítio deve indicar sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

O estado de sítio, no caso do art. 137, I (*comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*), não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II (*declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*), poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I (*comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (I) obrigação de permanência em localidade determinada; (II) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (III) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (IV) suspensão da liberdade de reunião; (V) busca e apreensão em domicílio; (VI) intervenção nas empresas de serviços públicos; (VII) requisição de bens. Todavia, não se inclui nas restrições do inciso III (*restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei*) a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

O Estado de Sítio, portanto, só pode ser decretado na presença de determinados *pressupostos*, de *fundo* e de *forma*.

São pressupostos de *fundo*: 1) comoção grave de repercussão nacional; ou 2) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou 3) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

São pressupostos de *forma*: 1) *autorização* do Congresso Nacional, sem a qual o Estado de Sítio não pode ser decretado (distintamente do que ocorre no Estado de Defesa, para a decretação do qual o Congresso só é ouvido posteriormente); 2) decreto do Presidente da República; 3) ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, cuja manifestação, apesar de obrigatória, *não vincula* o Presidente; 4) o decreto que instituir o Estado de Sítio deve indicar sua duração (sendo que, no caso do art. 137, I, ou seja, em razão de *comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; e no do inciso II, isto é, para *declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*, poderá durar todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira); as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas (quando decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa [art. 137, I], só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em localidade determinada;

II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, não se incluindo nessas restrições a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; e VII – requisição de bens; todavia, quando decretado nos casos de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira [art. 137, II], pode ser suspenso, a princípio, qualquer direito e garantia constitucional, inclusive o direito a vida).

2.3. Das disposições comuns aos Estados de Defesa e de Sítio

Prevê a Constituição, no art. 140, que a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

Tal comissão parlamentar, em que pese a sua importância, não realiza um controle sobre as medidas de exceção, uma vez que não dispõe de poderes de decisão sobre a invalidação ou revogação dos estados de sítio ou de defesa ou de qualquer de seus atos de execução. Na verdade, a referida comissão tão-somente está incumbida de acompanhar e fiscalizar a execução das medidas, *propondo* providências no sentido de corrigir abusos ou até mesmo visando a suspensão das medidas (art. 49, IV)².

Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

3. DAS FORÇAS ARMADAS

As Forças Armadas compreendem a Marinha, o Exército e a Aeronáutica, e são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com

base nos princípios da *hierarquia* e da *disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República, que exerce o comando supremo das Forças Armadas, nomeia os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promove seus oficiais-generais e os nomeia para os cargos que lhes são privativos.

Em face da hierarquia, as Forças Armadas são organizadas a partir de *vínculos de subordinação*, de modo que, entre os seus membros, há militares inferiores e militares superiores, ordenados funcionalmente de forma escalonada e graduada. E em razão da disciplina, os militares inferiores submetem-se às ordens dos militares superiores, devendo-lhes *obediência*.

As Forças Armadas são, fundamentalmente, as instituições responsáveis pela defesa da soberania nacional e do Estado Democrático de Direito. Porém, segundo a Constituição, têm por objetivos (a) a defesa da Pátria; (b) a garantia dos Poderes constitucionais; (c) e, por iniciativa de qualquer destes Poderes, da lei e da ordem.

A defesa da Pátria é a sua maior missão, na medida em que, historicamente, as Forças Armadas sempre foram concebidas para a defesa das Nações contra a invasão estrangeira. Porém, além dessa destinação constitucional que lhes dá a tônica, as Forças Armadas também estão ordenadas à garantia dos Poderes constitucionais (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), visando assegurar a independência de suas funções. Tal missão reveste-se de grande importância num ambiente democrático, pois não há Poderes constitucionais verdadeiramente livres, sem a garantia das Forças Armadas. Por fim, e em caráter subsidiário e eventual, também cabe às Forças Armadas a garantia da lei e da ordem, sempre que, por iniciativa de qualquer dos Poderes constitucionais, forem convocadas a intervir. Advirta-se que a atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é sempre subsidiária e só pode ocorrer eventualmente, em situações extremas, porque essa missão foi reservada constitucionalmente, em caráter primário, aos órgãos de Segurança Pública, que compreendem a Polícia Federal, as Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais e as Polícias Civil e Militar dos Estados e do Distrito Federal³.

Repartem-se nos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, órgãos submetidos diretamente ao Ministério da Defesa. Cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, no

2. Sobre a distinção entre *controle* e *fiscalização*, conferir o excelente trabalho de FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Método, 2009.

3. Nesse sentido, conferir AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 746, 1999.

preparo e no emprego das Forças Armadas. Foi editada, para esse fim, a Lei complementar n. 69/91.

De acordo com o § 3º do art. 142 da Constituição, os membros das Forças Armadas são denominados militares, *aplicando-se-lhes*, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (I) as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (II) o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei; (III) O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (IV) ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (V) o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos⁴; (VI) o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra⁵; (VII) o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (VIII) aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV.

A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras

4. "Se o militar da ativa é alistável, é ele elegível (CF, art. 14, § 8º). Porque não pode ele filiar-se a partido político (CF, art. 42, § 6º), a filiação partidária não lhe é exigível como condição de elegibilidade, certo que somente a partir do registro da candidatura é que será agregado (CF, art. 14, § 8º, II; Cód. Eleitoral, art. 5º, parágrafo único; Lei n. 6.880, de 1980, art. 82, XIV, § 4º)." (AI 135.452, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-9-90, DJ de 14-6-91).

5. "Também os oficiais das Polícias Militares só perdem o posto e a patente se forem julgados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis por decisão do Tribunal competente em tempo de paz. Esse processo não tem natureza de procedimento 'para-jurisdicional', mas, sim, natureza de processo judicial, caracterizando, assim, causa que pode dar margem à interposição de recurso extraordinário." (RE 186.116, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25-8-98, DJ de 3-9-99).

situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Ainda em consonância com a Constituição, não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º). Esse preceito constitucional está em harmonia com o inciso LXI do art. 5º, segundo o qual *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*. Anote-se que a Constituição de 1988 só proíbe a concessão do HC em relação às punições disciplinares militares. E isso se justifica em razão da hierarquia e da disciplina, que são os pilares das Forças Armadas. Todavia, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, é possível discutir os *pressupostos de legalidade* das punições disciplinares (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente): "A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes." (RHC 88.543, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-4-07, DJ de 27-4-07). O que não é possível é o manejo do "habeas-corpus" para a apreciação de questões referentes ao mérito da punição. Assim, não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito⁶.

O serviço militar é obrigatório nos termos da lei (art. 143). Porém, compete às Forças Armadas, na forma da lei⁷, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

4. DA SEGURANÇA PÚBLICA

A segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, *exclusivamente*, dos

6. STF, RE 338.840, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-8-03, DJ de 12-9-03.

7. Foi editada a lei federal n. 8.239/91, que prevê a prestação de serviço alternativa ao serviço militar.

seguintes órgãos⁸: (I) *polícia federal*; (II) *polícia rodoviária federal*; (III) *polícia ferroviária federal*; (IV) *polícias civis*; (V) *polícias militares e corpos de bombeiros militares*.

A polícia federal é órgão de segurança pública federal, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. Sua competência constitucional abrange (I) a *apuração de infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (II) a *prevenção e repressão* do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; (III) o *exercício* das funções de polícia marítima, aeroportuária⁹ e de fronteiras; e (IV) o *exercício, com exclusividade*, das funções de polícia judiciária da União.

A polícia rodoviária federal é órgão de segurança pública federal, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, com competência, na forma da lei, para o patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

A polícia ferroviária federal é órgão de segurança pública federal, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, com competência, na forma da lei, para o patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

As polícias civis são órgãos de segurança pública estaduais, dirigidas por delegados de polícia de carreira¹⁰, com competência para exercer as funções

de polícia judiciária do Estado e para a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Já as polícias militares são órgãos de segurança pública estaduais aos quais cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; enquanto os corpos de bombeiros militares são órgãos de segurança pública estaduais, competentes para a execução de atividades de defesa civil, além de outras atribuições definidas em lei. Tanto as polícias militares como os corpos de bombeiros militares são forças auxiliares e reserva do Exército, e subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios¹¹.

A Constituição ainda dispõe, no § 8º do art. 144, da possibilidade de os Municípios criarem, por lei, as guardas municipais, às quais competem a proteção de seus bens, serviços e instalações. Apesar de tratadas no capítulo destinado à segurança pública, as guardas municipais não são órgãos de segurança pública.

8. STF, ADI 1.182, voto do Min. Eros Grau, julgamento em 24-11-05, DJ de 10-3-06: "Os Estados-membros, assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O artigo 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta pois vedada aos Estados-Membros a possibilidade de estender o rol, que esta Corte já firmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito." Vide também: "Incompatibilidade, com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, da norma do art. 180 da Carta Estadual do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos encarregados dessa atividade, a ali denominada 'Polícia Penitenciária'" (ADI 236, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 7-5-92, DJ de 1º-6-01).
9. "Polícia Militar: atribuição de 'radiopatrulha aérea': constitucionalidade. O âmbito material da polícia aeroportuária, privativa da União, não se confunde com o do policiamento ostensivo do espaço aéreo, que - respeitados os limites das áreas constitucionais das Polícias Federal e Aeronáutica Militar - se inclui no poder residual da Polícia dos Estados." (ADI 132, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-4-03, DJ de 30-5-03).
10. "Este Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da designação de estranhos à carreira para o exercício da função de Delegado de Polícia, em razão de afronta ao disposto no artigo 144, § 4º, da Constituição do Brasil." (ADI 2.427, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-8-06, DJ de 10-11-06).

11. "A gestão da segurança pública, como parte integrante da Administração Pública, é atribuição privativa do Governador de Estado." (ADI 2.819, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, DJ de 2-12-05).

DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO

Sumário • 1. Do Sistema Tributário Nacional: 1.1. Dos Tributos: Noção de Tributo. Obrigação Tributária, Hipótese de Incidência Tributária e Fato Imponível do Tributo. Base de Cálculo e Alíquota; 1.2. A competência tributária: 1.2.1. Técnicas de repartição da competência tributária; 1.2.2. Limites ao exercício da competência tributária; 1.3. Classificação dos Tributos; 1.4. O imposto: 1.4.1. Impostos reais e pessoas; 1.4.2. Impostos diretos e indiretos; 1.4.3. Impostos em espécies: 1.4.3.1. Impostos da União; 1.4.3.2. Impostos dos Estados e do Distrito Federal; 1.4.3.3. Impostos dos Municípios; 1.5. A taxa: 1.5.1. A irrelevância da destinação do produto arrecadado; 1.5.2. A taxa e o preço (tarifa); 1.6. A Contribuição de Melhoria; 1.7. Os Empréstimos Compulsórios; 1.8. As Contribuições sociais: 1.8.1. As contribuições sociais de intervenção no domínio econômico; 1.8.2. As contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento da atuação da União nas respectivas áreas; 1.8.3. As contribuições sociais da seguridade social; 1.9. Das Limitações ao Poder de Tributar: 1.9.1. O Princípio da Legalidade Tributária; 1.9.2. Princípio da Igualdade Tributária; 1.9.3. Princípio da Capacidade Contributiva; 1.9.4. Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária; 1.9.5. Princípio da Anterioridade; 1.9.6. O Princípio da Não-Cumulatividade; 1.9.7. Princípio da Seletividade; 1.9.8. Princípio da vedação do confisco; 1.9.9. Princípio da Imunidade recíproca; 1.9.10. As imunidades dos templos de qualquer culto; 1.9.11. As imunidades dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos; 1.9.12. As imunidades dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 1.9.13. Outras limitações; 1.10. Da repartição das receitas tributárias – 2. Das Finanças Públicas: 2.1. Considerações gerais; 2.2. Dos Orçamentos.

1. DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Considerando o Direito como uma pluralidade de normas jurídicas, podemos dizer que tais normas formam um *sistema*, na medida em que se relacionam reciprocamente, segundo um princípio unificador. Todas as normas jurídicas do sistema convergem para um único ponto – a Constituição – que imprime unicidade e validade a todo o sistema.

Nesse contexto, tem-se por sistema o conjunto ordenado e organizado de partes (normas jurídicas) componentes de um todo unitário, relacionadas entre si e interdependentes.

O Sistema Constitucional Tributário consiste exatamente na reunião ou composição, *numa perspectiva unitária*, ordenada e organizada, coerente e harmônica, das diversas unidades normativas que têm por referência o tributo.

1.1. Dos Tributos: Noção de Tributo. Obrigação Tributária, Hipótese de Incidência Tributária e Fato Imponível do Tributo. Base de Cálculo e Alíquota

Apesar de não se resumir a isso, o Direito é também *norma jurídica*. É um sistema coercitivo, dinâmico e escalonado de normas jurídicas. As normas,

por sua vez, referem-se exclusivamente à conduta humana numa relação recíproca. Quer dizer, só o comportamento livre do homem (e, por extensão, o das pessoas jurídicas) pode ser objeto das normas jurídicas. Nenhum preceito normativo é vocacionado a outra coisa senão ao comportamento humano. Inexiste norma voltada ou relacionada às coisas.

As normas jurídicas tributárias – como normas jurídicas que são – têm por *objeto*, portanto, um *comportamento humano*. Um comportamento – singularize-se – consistente na *obrigação de alguém levar dinheiro para os cofres públicos*. Assim, essas normas jurídicas constituem obrigações ou relações jurídicas que impõem um determinado comportamento: levar dinheiro para o Estado.

Em suma, queremos dizer que o objeto do direito tributário é o comportamento consistente em levar dinheiro aos cofres públicos. Este dinheiro, que vulgarmente recebe a denominação de tributo, nada mais é do que o objeto daquele comportamento. Tributo, juridicamente, é a obrigação que encerra aquele comportamento de levar o dinheiro aos cofres públicos, não podendo ser confundido com o dinheiro em si mesmo. Em suma, “o objeto da norma tributária não é o dinheiro, transferido aos cofres públicos, mas sim o comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos”¹.

O Direito, pois, como um sistema de normas jurídicas, é o instrumento de que se vale o Estado para obter, mediante a prescrição de comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas. Se entre essas finalidades e objetivos se encontra a obtenção de riqueza, o Estado se utilizará do Direito para alcançá-las. É o que ocorre com o direito tributário, através do qual o Estado prescreve condutas voltadas a transferir parte da riqueza particular para ele, Estado. O Direito atribui ao Estado parte do dinheiro privado. Mas isso não basta. É necessário o comportamento humano a fim de que se possibilite a *efetiva* transferência desse dinheiro aos cofres estatais.

Assim, o Direito, através da norma jurídica tributária, confere a um fato ou acontecimento, que hipoteticamente descreve, a potencialidade de atribuir a titularidade de parte do dinheiro privado ao Estado. Ocorrido este fato, a titularidade daquela soma em dinheiro passa *efetivamente* para o Estado, ficando o indivíduo, anterior titular da mesma, agora devedor, eis que constituído no dever de entregá-la ao Estado, agora credor. O Estado fica, assim, com o direito de exigí-la. Esta relação jurídica reveste a forma de *obrigação*, que só será extinta com a realização da conduta consistente na entrega

do dinheiro ao credor. A dizer, o Direito, por meio de seu arsenal normativo, cria uma obrigação, a cargo do particular, de levar dinheiro para o Estado. E constituído nessa obrigação, pela verificação daquele fato hipoteticamente previsto em lei, o particular só se desonera dessa obrigação pela realização daquele comportamento, consistente na transferência do dinheiro.

E essa obrigação de levar dinheiro para o Estado corresponde exatamente o conceito de tributo, que será abaixo examinado. O tributo, portanto, como afirma Geraldo Ataliba², funciona primordialmente como instrumento jurídico de abastecimento dos cofres públicos.

O conceito de tributo é um *conceito jurídico*, construído, exclusivamente, à luz dos princípios e da técnica jurídica, ou seja, é um conceito que nasce e se esgota no universo jurídico. Se assim o é, o conceito jurídico de tributo não pode ser confundido com o seu conceito financeiro ou econômico. A propósito, Ataliba já advertia para “o terrível engano dos que pensam que a economia e o direito podem estudar um mesmo objeto, o tributo por exemplo, intercambiando informações, observações, princípios e técnicas de compreensão, operação e aplicação. O conceito de tributo, para o direito, nasce e esgota-se no universo jurídico”³.

É um conceito jurídico *fundamental* para o direito tributário, sua categoria primária, em torno do qual gravita todo o direito tributário. Como conceito fundamental e primário, serve de fundamento para todos os demais conceitos circunscritos na órbita do direito tributário. Em razão disso, é conceito básico e nuclear desse direito.

É, outrossim, um conceito *jurídico-positivo*, tendo em vista que é formulado em face de um ordenamento jurídico posto e vigente. Haverá de ser revelado de modo distinto do passado. De feito, nele se compreenderam, no passado, outros tipos de prestação diferentemente do dinheiro (serviços e bens, como vinho, trigo, tecidos, etc.). Hoje, no Brasil, o seu termo de referência é o dinheiro. Não se sabe, entretanto, como será no futuro, diante de novel ordenação jurídica.

Demais disso, a despeito de haver o legislador infraconstitucional conceituado-o, o conceito de tributo é nitidamente um *conceito constitucional* e não legal. Poressarazão, afirma Geraldo Ataliba, com propriedade, que se constrói “o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais”⁴. Assim, pondera o saudoso mestre, que o conceito

1. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, p. 22.

2. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 22.

3. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 24.

4. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 33.

legal de tributo deve ser examinado com cautela, a fim de que não ocorram inconstitucionalidades.

Se assim o é, o conceito de tributo, de berço constitucional, não pode ser alargado, reduzido, nem modificado pelo legislador infraconstitucional, notadamente pelo fato de que ele é “conceito-chave – diz Ataliba – para demarcação das competências legislativas e balizador do ‘regime tributário’, conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado ‘poder tributário’, exercido, nas respectivas faixas delimitadas de competências, por União, Estados e Municípios”⁵. A estrita e taxativa disciplina constitucional das competências tributárias, aliada à não menos rígida disciplina de um estatuto constitucional do contribuinte, retira toda liberdade do legislador no fixar um conceito de tributo e os aspectos da hipótese de incidência tributária.

Assim, a Carta Magna de 1988 adota um preciso conceito de tributo, embora de forma não explícita. Nesse contexto, pode-se definir tributo como *toda obrigação jurídica, constituída por lei, que não corresponda a sanção de ato ilícito, consistente no dever de uma pessoa (física ou jurídica, privada ou pública, chamado sujeito passivo da obrigação) pagar a outra (pública ou, excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela, chamado sujeito ativo da obrigação) uma quantia em dinheiro, em face da ocorrência de determinado fato, descrito hipoteticamente em lei e constitucionalmente autorizado*. De observar-se que esse conceito, haurido da observação e análise das normas jurídicas constitucionais, coincide com o conceito legal (CTN, art. 3º: *Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*). Insista-se em afirmar que o conceito de tributo é constitucional, não passando o seu conceito legal, acima transcrito, de “mero precepto didactico, como o qualificaria o eminente mestre espanhol Sainz de Bujanda”⁶.

Dissecando o nosso conceito, temos que tributo é:

- *Obrigação* – vínculo jurídico de conteúdo econômico, de natureza transitória, em face do qual o sujeito ativo tem o direito de exigir do sujeito passivo determinado comportamento, e este, por sua vez, tem o correspondente dever de realizar aquele comportamento em benefício daquele.

- *Pecuniária* – corresponde ao objeto da obrigação, consistente no comportamento do sujeito passivo levar *dinheiro* ao sujeito ativo.
- *Legal* – a obrigação tributária nasce diretamente da vontade da lei, mediante a realização de um fato jurídico relevante (fato impositivo) nela hipoteticamente descrito. De perceber-se que a obrigação tributária distingue-se das obrigações convencionais, pelo fato de que aquela, diferentemente destas, emerge da vontade da lei. As obrigações convencionais correspondem a vínculos que nascem da vontade das partes. A obrigação tributária, ao contrário, nasce independentemente da vontade das partes ou até mesmo contra essa vontade. A obrigação legal tributária distingue-se, outrossim, da obrigação legal de indenizar o dano, em face de que, não obstante ambas resultem diretamente da lei, a obrigação tributária nasce de fato lícito ao passo que a obrigação de indenizar surge da prática de fato ilícito.
- *Que não corresponda a sanção de ato ilícito* – a obrigação tributária decorre da realização de fato *lícito*, hipoteticamente descrito em lei. Dos atos ou fatos ilícitos nascem multas, indenizações ou outras consequências punitivas, que não configuram tributo. Assim, tributo não é sanção por violação de nenhum preceito legal, nem reparação patrimonial, mas, sim, obrigação resultante da ocorrência de *fato lícito*. Isso não significa, todavia, que os fatos delituosos fiquem imunes à incidência tributária. Estes fatos, quando hipoteticamente descritos em lei, têm aptidão para gerar a obrigação tributária, não se configurando esta em sanção à ocorrência dele.
- *Sujeito ativo como pessoa pública ou, excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela* – em regra, o sujeito ativo da obrigação tributária é uma pessoa política (o sujeito ativo, em regra, coincide com a entidade política que institui o tributo). Excepcionalmente, pode a lei, autorizada pela Constituição, atribuir a *capacidade de ser sujeito ativo* a pessoas privadas que tenham finalidades de interesse público, configurando-se, nesse particular, a parafiscalidade.
- *Sujeito passivo como pessoa física ou jurídica, privada ou pública* – é a lei que designa o sujeito passivo da obrigação tributária. Em regra, o sujeito passivo é uma pessoa privada, física ou jurídica. Entretanto, em se tratando de tributos vinculados (taxas e contribuições), nada impede que as pessoas públicas sejam sujeitos passivos. Contudo, em se tratando de impostos, em face do princípio da imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, *a*), as pessoas públicas não podem ser sujeitos passivos.

5. ATALIBA, Geraldo. op. cit., pp. 32/33.

6. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 32.

Repelindo a expressão “fato gerador”, predominantemente adotada por nossa legislação, doutrina e jurisprudência para designar tanto a hipótese legal do fato quanto a ocorrência efetiva deste, Geraldo Ataliba é incisivo ao afirmar que “agem acriteriosamente os escritores, comportam-se de modo anticientífico quando empregam uma só designação para duas entidades cientificamente tão distintas, como a descrição legal de um fato e o próprio fato, concretamente considerado”⁷.

Noutra passagem de sua obra, o ilustrado autor sentencia que “não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco. Por isso parece errado designar tanto a previsão legal de um fato, quanto ele próprio, pelo mesmo termo (fato gerador)”⁸. “Não se pode aceitar – continua o mestre Ataliba – essa confusão terminológica, consistente em designar duas realidades tão distintas pelo mesmo nome”⁹. Mais adiante, propõe Ataliba que à descrição hipotética, contida na lei, do fato apto a dar nascimento à obrigação se designe de hipótese de incidência tributária. Ao fato concreto, efetivamente ocorrido, na conformidade da previsão legal, chame-se por fato imponible¹⁰.

Sem dúvida, creio que razão acode o notável jurista. De feito, a norma jurídica tributária prescreve uma hipótese correlacionando-a a um mandamento ligado à sanção. Assim, temos a seguinte estrutura:

- *Hipótese* – “se ocorrer o fato X”.
- *Mandamento* – “pague Y, em dinheiro, ao Estado” (ou pessoa delegada).
- *Sanção* – “se não pagar, sujeitar-se-á o obrigado às seguintes punições...”.

Logo, não há negar a existência de duas realidades distintas, quais sejam: a descrição hipotética, genérica e abstrata, de um fato e a verificação *in concreto* desse fato. A consequência natural é que tais realidades absolutamente distintas não podem ser designadas pelo mesmo termo. Daí, sói lógico e científico denominá-las separadamente: à hipótese fática abstratamente descrita na norma tributária, mister denominá-la de hipótese de incidência tributária; ao fato descrito hipoteticamente nessa norma, quando realizado, de se designar de fato imponible.

Assim, num primeiro momento, a norma descreve um fato capaz de gerar uma obrigação. Entretanto, isto não é suficiente para que esta obrigação se constitua. Por conseguinte, impõe-se um segundo momento, que consiste na realização desse fato no mundo fenomênico. Ocorrido o fato, aí sim, nasce a obrigação tributária consistente naquele comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos.

De perceber-se que a hipótese de incidência é uma formulação de um fato contida em lei. Assim, pertence ao mundo dos valores jurídicos. Já o fato imponible, como a realização dessa hipótese no mundo dos fatos, pertence ao mundo da realidade fática.

Apoiado em Juan Manuel Teran, Ataliba enfatiza a *universalidade* do conceito de hipótese de incidência, “no sentido de que não decorre da observação de um sistema particular, nem se compromete com nenhum instituto jurídico localizado no tempo e no espaço”¹¹. O conceito de hipótese de incidência, por conseguinte, é *lógico-jurídico*. Isto porque, é “aplicável assim ao direito vigente como ao revogado ou constituendo”¹². É conceito formulado não em face de um determinado sistema particular, mas de todo o direito. Mas o conceito de hipótese de incidência é também um *conceito legal*, eis que formulado por lei. É, pois, conceito jurídico-legal.

A hipótese de incidência, como conceito lógico-jurídico-legal, é *una e indivisível*, não obstante a eventual multiplicidade de fatos e elementos de fato por ela descrita.

Hipótese de incidência nada mais é que a descrição legal, abstrata e genérica, de um fato ou conjunto de fatos aptos a gerar uma obrigação tributária.

Já o fato imponible, como uma manifestação no mundo fenomênico, é a realização efetiva dos fatos hipoteticamente descritos.

Entretanto, para que um fato seja considerado como fato imponible, deve corresponder totalmente à hipótese de incidência. A dizer, deve subsumir-se à hipótese legal, pena de não se configurar como tal. Como diz Ataliba, “a h.i. contém um arquétipo, um protótipo bem circunstanciado. O fato imponible é a materialização desse arquétipo legal”¹³. Fato imponible, portanto, por muitos denominado de fato gerador *in concreto* ou fato jurídico relevante, é todo

7. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 57.

8. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 54.

9. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 54.

10. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 58.

11. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 59.

12. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 60.

13. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 70.

aquele que, realizado e correspondendo integralmente às características previstas abstratamente na lei, dá nascimento a uma obrigação tributária.

É fato jurídico, não ato jurídico. Assim como a hipótese de incidência, o fato imponible é também uno e indivisível. A hipótese de incidência, já se disse, a despeito de sua unidade lógica, pode descrever uma variedade de fatos imponíveis. Cada qual será uno, incindível e inconfundível com os demais, por mais idênticos que sejam entre si. Por esta razão, cada fato imponible determina o nascimento de uma obrigação tributária. Haverá, pois, tantas obrigações tributárias quantos forem os fatos imponíveis.

Não obstante una e incindível, a hipótese de incidência se manifesta sob variados aspectos que lhe dão entidade. Tais aspectos são encontrados na hipótese de incidência, quer de forma explícita quer implícita. Através deles, a hipótese de incidência determina hipoteticamente os sujeitos da obrigação tributária, assim como seu conteúdo material, momento e local de nascimento, resultando, daí, nos seguintes aspectos: aspecto *pessoal*, *material*, *temporal* e *espacial*.

Tem-se por *aspecto pessoal* ou *subjetivo* da hipótese de incidência a qualidade que indica os sujeitos – ativo e passivo – da obrigação tributária. É o legislador, portanto, que indica, explícita ou implicitamente, através da hipótese de incidência, os sujeitos da obrigação tributária, na conformidade da Constituição.

O sujeito ativo é determinado discricionariamente pelo legislador, desde que, por força do princípio da destinação pública dos tributos, se trate de pessoa com finalidades públicas. Ele é o credor da obrigação tributária. Pode ser tanto a pessoa pública como pessoa privada. Em regra, é a própria pessoa política com competência tributária (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Importante ressaltar, contudo, que não se confunde a competência tributária (para instituir tributos) com a capacidade de ser sujeito ativo de obrigação tributária. A hipótese de incidência pode designar o próprio titular da competência legislativa tributária como sujeito ativo do tributo (o que não precisa ser expresso), como pode atribuir a titularidade do tributo a pessoa jurídica diversa, pública ou privada (o que precisa ser expresso – é a chamada parafiscalidade).

O sujeito passivo, entretanto, é aquele que a Constituição, no Brasil, designou, não havendo, aqui, aquela discricionariedade legislativa. É o destinatário constitucional tributário. A hipótese de incidência não determina direta e imediatamente o sujeito passivo da obrigação tributária. Apenas fixa os critérios para sua identificação, pois é a ocorrência do fato imponible

que irá determinar ou revelar concretamente, em cada caso, o sujeito passivo. Assim, nos impostos, o sujeito passivo será aquele que, participando do fato imponible, revelar capacidade contributiva (auferindo renda, vendendo, sendo proprietário, etc.). Nas taxas, será aquele que utilizar (ou ter à sua disposição) um serviço público ou provocar um ato de polícia. Nas contribuições, será aquele que receber benefício especial da ação pública ou provocar despesa especial para o Estado. A dizer, a hipótese de incidência (por meio de seu aspecto pessoal) só determina, explícita ou implicitamente, o sujeito ativo, limitando-se, quanto ao sujeito passivo, a dar o critério para sua determinação.

Diz-se *aspecto temporal* da hipótese de incidência aquele atributo que esta tem de, discricionariamente, estabelecer – explícita ou implicitamente – o momento em que se deve considerar realizado o fato imponible. É o aspecto por meio do qual se fixa o instante mesmo do nascimento da obrigação tributária. Tal aspecto é de fundamental importância para os fins de se saber, por exemplo, qual a lei aplicável, em respeito ao princípio da irretroatividade e anterioridade.

A hipótese de incidência pode prever o instante em que deve ocorrer o fato imponible. Nesse caso, a obrigação tributária nasce neste exato momento (a h. i. do imposto sobre a renda fixa o último dia do exercício financeiro; a h. i. do IPTU fixa o primeiro dia do exercício financeiro, etc.).

Entretanto, quando a hipótese de incidência não revelar o momento exato para a ocorrência do fato imponible, considerar-se-á este realizado, fazendo nascer a obrigação tributária, quando simplesmente concretizado no mundo fenomênico (é o caso do IPI, ICMS, etc.).

Além de designar o momento do nascimento da obrigação tributária, a hipótese de incidência indica, outrossim, o local deste nascimento. O *aspecto espacial* da hipótese, portanto, tem a virtude de estabelecer – explícita ou implicitamente – as circunstâncias de lugar importantes para a consumação do fato jurídico imponible.

O *aspecto material* é o mais importante dos quatro aspectos da hipótese de incidência, pelo menos do ponto de vista funcional e operativo da hipótese, pois é aquele que revela a sua essência, possibilitando a sua caracterização e individualização, em face das demais hipóteses de incidência. É a descrição dos dados substanciais que dão suporte à hipótese de incidência, através dos quais se torna possível identificar a espécie ou subespécie tributária a que o tributo nela definido hipoteticamente pertence. Quer dizer, tamanha é a sua importância que ela serve “de fulcro para o *discrímen* que

permite formular a única classificação jurídica dos tributos, desdobrando-os em espécies e subespécies”¹⁴.

O aspecto material reflete a imagem do fato desenhada na hipótese: a renda, o patrimônio, a propriedade imobiliária, a produção, a venda, a prestação de serviços, etc.

Base imponible (ou para uns, base de cálculo ou para outros, base tributável) é a dimensão ou mensuração do aspecto material da hipótese de incidência, nela prevista com o objetivo de estabelecer o critério para a identificação, em cada obrigação tributária, do *quantum* devido. É padrão, referência, fundamento ou critério-base para cálculo, isto é, para medir ou quantificar a grandeza mensurável do fato imponible. Corresponde, juridicamente, a um *atributo do aspecto material* da hipótese de incidência, de algum modo quantificado, como o preço, valor, volume, custo, capacidade, altura, etc, que deve sempre existir para a indeclinável fixação do valor financeiro da obrigação tributária. É, na perfeita dicção do mestre baiano Amílcar Araújo Falcão, “verdadeira e autêntica expressão econômica”¹⁵ da hipótese de incidência. Assim, no imposto sobre a renda, a base imponible é a expressão quantificável da própria renda; no imposto sobre a propriedade imobiliária, a base imponible é o valor econômico do imóvel, etc.

É a lei que estabelece qual a perspectiva dimensional do aspecto material da hipótese de incidência. Ou seja, a lei pode qualificar um ou alguns atributos dimensionáveis do aspecto material da h. i. e lhes conferir a função jurídica de base imponible¹⁶. A base de cálculo (base imponible) não se confunde, por outro lado, com a base calculada. Aquela pertence ao universo do direito; esta, ao mundo fenomênico. A base de cálculo é a dimensão legal – portanto, *in abstracto* – da consistência material (aspecto material) da hipótese de incidência. A base calculada é a real apuração do valor nela (base de cálculo) abstratamente indicado. Poderemos dizer que, como faz a doutrina, a base de cálculo (ou base de cálculo *in abstracto*) está para a hipótese de incidência da obrigação tributária, enquanto a base calculada (ou base de cálculo *in concreto*) está para o fato imponible.

Tão importante é a base de cálculo que se pode afirmar que, conforme o legislador adote uma ou outra, podemos admitir caracterizada esta ou aquela espécie tributária. Uma base imponible equivocada, portanto, pode desvirtuar não só a *natureza específica* do tributo (transformando-o, v. g., de

imposto sobre o patrimônio em imposto sobre a renda: é o que ocorre com o imposto sobre o *patrimônio* tendo por base tributável a *renda* do seu titular), como também a sua *natureza genérica* (transformando-o de imposto em taxa ou vice-versa). Para enfatizar a relevância desse *atributo* do aspecto material da hipótese de incidência (base imponible), tomemos o seguinte exemplo: será inconstitucional uma lei municipal que instituir taxa por serviços municipais de conservação de rodovias que toma como base imponible o valor dos veículos. Isto porque, em face da base de cálculo adotada (medida do patrimônio e não dos serviços públicos de conservação prestados), este tributo se desnaturou completamente, configurando a hipótese em autêntico imposto sobre o patrimônio (o veículo, pois), de competência exclusiva do Estado ou Distrito Federal.

Não é suficiente para a fixação do *quantum* devido resultante de cada obrigação tributária, a designação legal da base imponible. Impõe-se o estabelecimento de outro critério quantitativo que, aliado com a base de cálculo, possibilite a identificação do tributo decorrente de cada fato imponible. Assim, o resultado da aplicação deste outro critério sobre a base tributária, em cada fato imponible, é que permitirá determinar valor correspondente a cada obrigação tributária.

Esse outro critério de que se cuida chama-se de *alíquota*, que nada mais é que uma quota ou fração ou parte ideal da grandeza contida no fato imponible, expressa, na maioria das vezes, sob a forma de percentual do valor de uma coisa.

A alíquota é um *termo do mandamento* da norma jurídica tributária, que incidirá se e quando o fato imponible se realiza (ex.: concretizando o fato descrito na hipótese contida na norma tributária, v. g., “vender mercadoria x”, incide o mandamento, também contido na norma, “pague ao Estado 10% de seu valor”). Logo, a alíquota está fora da hipótese de incidência.

É de ressaltar que, em razão do caráter remuneratório das taxas, elas nem sempre têm alíquotas. Nessas hipóteses, a lei dispensa as alíquotas e estabelece, desde logo, o *quantum debeatur* (ex.: certidões, alvarás, pedágio, etc.).

1.2. A competência tributária

A Constituição Federal, para além de repartir as competências políticas *legislativa* e *material* da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, nos arts. 21, 22, 23, 24, 25 e 30, discriminou, outrossim, entre essas mesmas entidades federadas, a competência política *tributária*.

14. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 107.

15. FALCÃO, Amílcar Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. p. 138.

16. ATALIBA, ..., op. cit.

Por competência tributária entende-se a *capacidade política de instituir tributos*. Em face do princípio da estrita legalidade tributária, essa competência só pode ser exercida por meio de lei.

1.2.1. Técnicas de repartição da competência tributária

A Carta Magna conferiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria. Ou seja, a Constituição delimitou, de forma rígida, o *âmbito tributário de atuação* de cada uma destas pessoas políticas. Para tanto, adotou certas *técnicas de repartição*.

A competência tributária para instituir *impostos* foi partilhada sob a condução da *técnica da enumeração*, de modo que a Constituição enumerou *taxativamente* tal competência à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, respectivamente, nos arts. 153, 155 e 156. Tal enumeração levou em consideração o *critério material*, quer dizer, o constituinte, ao fixar as competências impositivas dos impostos, "*descreveu objetivamente os fatos, que podem ser colocados, pelos legisladores ordinários federal, estaduais, municipais e distrital, nas hipóteses de incidência dos impostos de sua pessoas políticas*"¹⁷. O eminente Roque Carrazza acrescentou a esse critério, acertadamente, o critério territorial. Assim, para ele, a Constituição, ao enumerar a competência em tela, também levou em consideração, "*para a solução dos possíveis conflitos neste campo, o âmbito de aplicação territorial das leis que criam os impostos estaduais, municipais e distritais*"¹⁸. Isso para evitar que um Município, por lei sua, tribute um fato jurídico ocorrido noutro Município, etc.

A competência tributária para instituir *taxas e contribuições de melhoria*, por outro lado, foi repartida obedecendo a técnica da simultaneidade ou cumulatividade, de modo que essa competência tributária é *comum* às pessoas políticas. Assim, tanto a União como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir suas taxas e contribuições de melhoria, desde que, obviamente, *disponham da competência administrativa para realizarem a atuação estatal à qual se encontram vinculados tais tributos*. A dizer, desde que tenham competência administrativa para prestarem o serviço público específico e divisível, para prestarem o ato de polícia e, finalmente, para realizarem obras públicas.

17. CARRAZZA, Roque Antonio. in: *Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, 16ª edição, p. 529.

18. Op. cit., p. 532.

Devemos sublinhar, ademais, que a competência tributária é *exclusiva*, uma vez que a competência tributária de uma entidade política exclui a competência de todas as outras. E exatamente por ser exclusiva, a competência tributária é, outrossim, *indelegável*, pois a Constituição não permite que uma pessoa política delegue sua competência tributária para outra entidade política.

1.2.2. Limites ao exercício da competência tributária

Como ocorre com toda competência, a competência tributária é limitada. Isto implica em afirmar que o seu exercício só será legítimo se protagonizado dentro dos limites traçados no Texto Supremo. A competência tributária encontra-se limitada por princípios constitucionais (como, a igualdade, a capacidade contributiva, a legalidade, a segurança jurídica, a anterioridade, a irretroatividade e outros) e regras constitucionais (sobretudo aquelas que repartem a própria competência, uma vez que não pode uma pessoa política, a pretexto de exercer sua competência tributária, invadir a competência de outra, como, v. g., a União instituir imposto do Estado ou do Município e vice-versa).

1.3. Classificação dos Tributos

Classificar os tributos é demarcá-los, a fim de que se possa identificar os regimes jurídicos de cada um. É necessário, portanto, saber qual a espécie tributária de que se trata para submetê-la corretamente a seu regime jurídico-constitucional. Nesse sentido, registra, com muita propriedade, Geraldo Ataliba¹⁹ que "*Como, entretanto – conforme a espécie do tributo – diversos são os regimes tributários, deverá o exegeta determinar qual a espécie diante da qual se encontra, a fim de lhe aplicar o regime jurídico correto e adequado, em face das normas constitucionais e à luz dos princípios que a Constituição prestigia ou adota*". Em seguida, prossegue o saudoso mestre: "*Em outras palavras: não basta, não é suficiente reconhecer o tributo. Deve o intérprete determinar qual a espécie tributária ('natureza específica do tributo', conforme o diz o art. 4º do CTN), dado que a Constituição prescreve regimes diferentes, conforme a espécie. Tais regimes caracterizam-se por princípios e regras especiais, constitucionalmente estabelecidos*".

Assim, a fim de que o intérprete e o aplicador possam discernir cada uma das espécies e subespécies de tributo, é imperioso que localize no texto

19. In *Hipótese de Incidência Tributária*, Malheiros Editores, 6ª edição, 2ª tiragem, p. 123.

constitucional os seus regimes jurídicos. Estes regimes jurídicos compreendem as normas constitucionais que encerram as idéias fundamentais da atividade de tributação, fixando não só as regras de discriminação da competência tributária, mas também os direitos fundamentais do contribuinte em face das limitações impostas ao poder de tributar. A própria Constituição consagra uma classificação dos tributos, uma vez que estabelece diferentes regimes jurídicos a serem aplicados às diferentes espécies e subespécies tributárias. Assim, há na Constituição distintos princípios e regras que se aplicam exclusivamente a determinadas espécies e subespécies de tributo.

De conseguinte, *é necessário distinguir as espécies de tributo em tributos vinculados e não vinculados à uma atuação estatal; e diferenciar suas subespécies em impostos, taxas e contribuições.*

Para a classificação dos tributos e, conseqüentemente, para a identificação e definição de suas espécies e subespécies, vamos recorrer exclusivamente a critérios estritamente jurídicos. A dizer, vamos investigar o assunto a partir do sistema jurídico, sem nos influenciarmos por noções ou formulações pré-jurídicas, como são as econômico-financeiras, totalmente estranhas à ciência do Direito.

Partiremos, pois, do dado jurídico por excelência: a *norma jurídica*, em especial daquelas que se encontram no vértice da ordem jurídica, a saber, as normas constitucionais. Em suma, a classificação que faremos é exclusivamente jurídica. Reclamando uma estrita investigação jurídica do Direito, em especial dos temas tributários, oportuno divulgar a severa crítica do mestre Ataliba²⁰:

"É despropositado, anticientífico e absurdo o jurista recorrer a qualquer critério não jurídico, pré-jurídico ou metajurídico, para estabelecer uma classificação jurídica dos institutos que estuda. Não é lícito ultrapassar os limites do fenômeno que se põe como objeto do nosso estudo: o direito positivo. A realidade jurídica esgota-se no fenômeno jurídico..."

Quando estudamos a hipótese de incidência, vimos que a mesma, não obstante una e incindível, é composta de vários aspectos, cuja reunião lhe dá entidade. Vimos, portanto, que entre esses variados aspectos havia, como de fato há, o aspecto material, que é a própria consistência material do fato descrito na hipótese. O aspecto material da hipótese de incidência, disse-se alhures, contém a descrição dos dados substanciais que lhe servem de suporte.

Pois bem, *o critério jurídico de classificação dos tributos está precisamente no aspecto material da hipótese de incidência. É pela consistência do aspecto material da hipótese de incidência que identificamos as espécies e subespécies dos tributos.*

"Conforme, pois, a consistência do aspecto material da h.i., será possível reconhecer as espécies de tributos", diz, com muita propriedade, Ataliba²¹.

E analisando as variadas hipóteses de incidência, percebe-se que, em todas, os respectivos aspectos materiais: a) ou descrevem uma atividade estatal; b) ou simplesmente descrevem um fato completamente independente e indiferente a qualquer atividade estatal.

Se assim o é, segundo o aspecto material de suas hipóteses de incidência descreva ou não uma atuação do poder público, podemos classificar juridicamente os tributos, na esteira do entendimento de Geraldo Ataliba²², em *tributos vinculados* e *tributos não vinculados*. Esta classificação, saliente-se, encontra supedâneo na própria Carta Magna.

Os tributos vinculados são aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência consista na descrição de uma atuação estatal, de modo que o legislador vincula o nascimento da obrigação tributária à realização de uma atividade estatal.

Os tributos não vinculados são aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência consista na descrição de um fato qualquer, independente e indiferente a uma atuação estatal, de modo que o legislador, ao contrário do que faz em relação aos tributos vinculados, não vincula o nascimento da obrigação tributária à realização de uma atividade estatal.

Noutro sentido, podemos dizer que se a hipótese de incidência descreve uma atuação estatal, o tributo será vinculado; se não a descreve, o tributo será não vinculado.

Há autores, a exemplo de Alfredo Becker, que classifica os tributos pela base impositiva (ou base de cálculo). Entretanto, esses autores não discrepam do critério ora adotado. Isso porque, quando estudamos a base impositiva dos tributos, vimos que ela nada mais era (e de fato nada mais é) que a perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência. A base impositiva é um atributo desse aspecto material da hipótese, integrando-a. Por isso que, afirmar que a classificação se opera com base nesse atributo

21. Op. cit., p. 130.

22. Op. cit.

20. Op. cit., p. 128.

(base de cálculo), nada mais é do que afirmar – embora de forma mais limitada – que a classificação se realiza com base na consistência do aspecto material da hipótese de incidência. Essa classificação de Becker, por se limitar à dimensão econômica da hipótese de incidência, é insuficiente.

São tributos vinculados as *taxas e as contribuições*. Assim, tanto as taxas quanto as contribuições são subespécies tributárias cujas hipóteses de incidência descrevem uma atividade estatal.

Essas duas subespécies tributárias distinguem-se pelas características do inter-relacionamento estabelecido pelo legislador, entre os aspectos material e pessoal da hipótese de incidência²³. A dizer, conforme o relacionamento entre estes dois aspectos da hipótese de incidência seja direto ou indireto, teremos a taxa ou a contribuição.

Assim, enquanto na taxa a conexão entre esses aspectos (material: atuação estatal; pessoal: o contribuinte) se dá diretamente; na contribuição essa conexão ocorre apenas indiretamente.

Já é sabido que, tanto na taxa quanto na contribuição, a hipótese de incidência consiste na descrição de uma atividade estatal. Na taxa, essa atividade estatal refere-se direta e imediatamente ao contribuinte, independentemente de qualquer situação ou termo intermediário. Assim, na taxa, a hipótese descreve uma atuação estatal, referindo-se diretamente a alguém, consistente na prestação de um serviço público, na expedição de uma certidão, no desempenho de uma atividade de controle, na concessão de autorizações, permissões, licenças, etc. Já na contribuição, como aquela referibilidade se dá tão-somente indiretamente, não basta a atividade estatal. É imperioso uma situação ou fato intermediário previsto na lei, posto como causa ou efeito da atuação estatal.

Tomando como exemplo a contribuição de melhoria, verifica-se que a sua hipótese de incidência é a *valorização imobiliária causada por obra pública*. Aqui, o elemento intermediário funciona como efeito ou consequência da atividade estatal. Assim, nessa hipótese de incidência temos: o aspecto material (atuação estatal: *obra*); uma situação intermediária que é consequência ou efeito da atuação estatal (a *valorização*) e o contribuinte (o *proprietário do imóvel beneficiado*). A conexão, ou referibilidade, como prefere Ataliba, entre a atuação estatal (aspecto material) e o contribuinte (aspecto pessoal) se estabelece por intermédio da *valorização*. A valorização, portanto, é a situação ou fato intermediário que liga a atividade do Estado (a *obra*)

23. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 147.

ao contribuinte, sem a qual não haverá o fato imponible da subespécie tributária de que se cuida.

A base imponible dessas subespécies tributárias (taxa e contribuição), semelhantemente, distinguem-se. Ora, como a base imponible é a medida econômica do aspecto material da hipótese de incidência, de ver-se que, na taxa, a base de cálculo é a dimensão da atividade do estado: o custo ou valor do serviço ou da atividade de polícia ou outra grandeza qualquer da atividade estatal. Na contribuição, a base imponible é uma medida da situação ou do fato intermediário. Na hipótese da contribuição de melhoria, diz Ataliba, “a base imponible não está em nenhuma dimensão da atuação, mas sim na medida de sua consequência, a valorização imobiliária”.

Em suma, taxa é um tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atividade estatal relacionada direta e imediatamente ao contribuinte. Tem como base imponible a medida econômica da atuação estatal, representada, geralmente, pelo custo do serviço ou da atividade de polícia. A contribuição é também um tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atividade estatal relacionada ao contribuinte, contudo, apenas indireta e mediadamente, através de uma situação intermediária. Tem como base imponible a medida da circunstância intermediária.

São tributos não vinculados os impostos. Assim, os impostos são subespécies tributárias cujas hipóteses de incidência descrevem simplesmente um fato ou acontecimento qualquer, independente de qualquer atividade estatal.

1.4. O imposto

O imposto, portanto, é um tributo não vinculado. Quer dizer, é uma subespécie tributária cuja hipótese de incidência consiste na descrição legal de um fato qualquer que não se constitua numa atuação estatal. Esse fato qualquer, por imperativo constitucional (CF, art. 145, § 1º, primeira parte), é indicativo da capacidade contributiva de alguém, que será, por isso mesmo, posto como sujeito passivo da obrigação tributária. Noutro sentido, podemos sustentar que o fato descrito na hipótese de incidência do imposto é uma situação da vida do contribuinte, relacionada a seu patrimônio, independente de qualquer atuação estatal. Essa definição, pressuposta pelo texto constitucional, foi adotada pelo CTN, no seu art. 16.

Assim, juridicamente, será imposto todo tributo que tenha na sua hipótese de incidência um fato ou acontecimento qualquer desvinculado a qualquer atividade estatal. Sempre que a hipótese de incidência não consistir

numa atividade do poder público, estamos diante, por exclusão, do imposto, independentemente do nome que se lhe dê. Quanto ao *nomen iuris* do tributo, é importante alertar que pouco importa o nome que se lhe confira. O fundamental é a natureza jurídica do tributo determinada pela sua hipótese de incidência, ou seja, se vinculado ou não. Se não for vinculado, porque sua hipótese de incidência não descreveu nenhuma atividade estatal, o tributo será indiscutivelmente um imposto.

Esse alerta é deveras importante porque, às vezes, dada a rigidez do regime constitucional dos impostos, o legislador arbitrariamente dá ao imposto o nome de taxa, com o escopo de pôr-se a salvo dos rigores constitucionais. Acertadamente, o CTN dispõe, no seu art. 4º, que “*A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei*”.

1.4.1. Impostos reais e pessoais

A Constituição Federal, no § 1º do art. 145, fala em impostos pessoais. Em face disso, surge a importância de classificar os impostos em *impostos reais e impostos pessoais*. E isto se dá segundo a influência seja maior ou menor, na estrutura do imposto, do aspecto material ou pessoal da hipótese de incidência²⁴.

Assim, quando a hipótese de incidência dá maior relevo aos dados objetivos do aspecto material, desprezando as qualidades ou condições jurídicas do sujeito passivo, estamos diante de um imposto real (ex.: o IPTU, porque se refere ao imóvel urbano).

Se, por outro lado, se enaltece certas qualidades dos possíveis sujeitos passivos, a ponto de essas qualidades influírem no aspecto material da hipótese de incidência, teremos o imposto pessoal (ex.: o IR, pois se refere à pessoa que auferiu rendimentos).

1.4.2. Impostos diretos e indiretos

Fazemos aqui referência a essa classificação tão-somente para repeli-la. Com efeito, não se cuida de uma classificação jurídica, uma vez que seu critério, longe de ser jurídico, é puramente econômico. Segundo Ataliba²⁵, essa

classificação “*Foi elaborada pela ciência das finanças, a partir da observação do fenômeno econômico da translação ou repercussão dos tributos*”.

Os impostos diretos ou *que não requeiram* são aqueles cujo encargo econômico é suportado exclusivamente pelo contribuinte, de modo que ele não é repassado a terceiros (ex.: o IR).

Os impostos indiretos ou *que requeiram*, por outro lado, são aqueles cujo encargo econômico não é suportado pelo contribuinte, mas por terceira pessoa, a quem é repassado. Geralmente, essa terceira pessoa é o consumidor final de mercadorias ou produtos (ex.: o ICMS e o IPI).

Essa classificação, repise-se, não é jurídica, “*já que, perante o Direito, é despidendo saber quem suporta a carga econômica do imposto. O que importa, sim, é averiguar quem realizou seu fato imponible, independentemente de haver, ou não, o repasse do valor do imposto para o preço final do produto, da mercadoria, do serviço, etc.*”²⁶.

1.4.3. Impostos em espécies

A Constituição trata exaustivamente dos impostos nos arts. 153, 155 e 156, ao *enumerar*, respectivamente, as competências tributárias da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios para instituir seus impostos em espécies.

Disso percebeu o eminente Paulo de Barros Carvalho²⁷ quando enfatiza que:

“Têm os impostos um regime jurídico-constitucional peculiar. A Carta Magna reparte a competência legislativa para instituí-los entre as pessoas políticas de direito constitucional interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – de sorte que não ficam à disposição dessas entidades, como ocorre com as taxas e a contribuição de melhoria (tributos vinculados), que podem ser criadas por qualquer uma daquelas pessoas, desde que, naturalmente, desempenhem a atividade que serve de pressuposto à sua decretação. Fala-se, por isso, em competência privativa para a instituição de impostos, que o constituinte enumerou, nominalmente, indicando a cada uma das pessoas políticas quais aqueles que lhe competia estabelecer. E deriva dessa repartição de competências legislativas a divisão dos impostos em função do conteúdo material que há de integrar o núcleo das respectivas hipóteses normativas”.

24. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 141.

25. Op. cit., p. 143.

26. CARRAZZA, Roque Antonio. in Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores, 16ª edição, p. 443, nota de rodapé.

27. In Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 1993, p. 30.

1.4.3.1. Impostos da União

Assim, de acordo com o art. 153, compete à União instituir impostos sobre:

- I – importação de produtos estrangeiros;
- II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III – renda e proventos de qualquer natureza;
- IV – produtos industrializados;
- V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI – propriedade territorial rural;
- VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Os impostos de importação e exportação são instrumentos de política econômica dos quais a União se vale para regular o comércio exterior, não ostentando natureza fiscal, pois através deles não se objetiva arrecadar. Estes impostos têm caráter predominantemente extrafiscal, porquanto são postos à disposição da União para estimular ou desestimular determinado setor da atividade econômica, por meio da elevação ou redução de alíquotas²⁸. Por essa razão, a Constituição faculta ao Poder Executivo²⁹, por simples ato administrativo, mas atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas destes impostos (art. 153, § 1º), não se lhes aplicando o princípio da anterioridade, nem a geral (art. 150, III, b) nem a nonagesimal (art. 150, III, c).

O imposto sobre a renda (IR) é o mais importante instrumento de arrecadação da União, pois ostenta natureza fiscal, e tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica (a) de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e (b) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. De acordo com a Constituição, o imposto sobre a renda será informado pelos critérios da *generalidade*, da *universalidade* e da *progressividade*, na forma da lei. Pelo critério

28. FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. *Direito Tributário. Teoria, Jurisprudência e Questões*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 500, 2007.

29. "É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação. Competência que não é privativa do Presidente da República. Inocorrência de ofensa aos arts. 84, caput, IV, e parágrafo único, e 153, § 1º, da CF ou ao princípio de reserva legal. Precedentes. Faculdade discricionária atribuída à Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares." (RE 570.680, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-10-2009, Plenário, DJE de 4-12-2009, com repercussão geral).

da generalidade, o IR se aplica a todas as pessoas, independentemente de sua posição, cargo ou função. Pelo critério da universalidade, toda a renda ou proventos, independentemente de sua denominação jurídica, está sujeita ao imposto. E pelo critério da progressividade, o IR aumenta à medida que aumenta a renda ou proventos do contribuinte. Isto é, o IR onera mais os contribuintes de maior capacidade contributiva.

O imposto sobre produtos industrializados (IPI) tem natureza fiscal, pois por meio dele a União abastece os cofres públicos. Não obstante, o IPI também pode ser utilizado como instrumento de regulação do mercado, com o qual a União pode incentivar a produção e comercialização de determinados produtos e desestimular a produção e comercialização de outros, com a diminuição ou aumento de alíquotas. Também relativamente ao IPI, a Constituição faculta ao Poder Executivo, por simples ato administrativo, mas atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas (art. 153, § 1º), não se lhe aplicando o princípio da anterioridade geral (art. 150, III, b), mas sujeitando-o, porém, ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c). Para os efeitos do IPI, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo. Por determinação constitucional, o IPI será *seletivo*, em função da essencialidade do produto, de modo que quanto mais essencial o produto menor será a sua alíquota e quanto menos essencial (produtos supérfluos) maior será a sua alíquota; também será *não-cumulativo*, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores; e *não incidirá* sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) tem natureza predominantemente extrafiscal e é utilizado pela União como um poderoso instrumento de política monetária. Por esse motivo, o Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária (CF/88, art. 153, § 1º; e CTN, art. 65).

O imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) tem natureza predominantemente extrafiscal e é utilizado pela União como um instrumento de política fundiária. Por essa razão, o ITR será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, I). Por outro lado, de acordo com a imunidade prevista no art. 153, § 4º, II, o ITR não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel.

O imposto sobre grandes fortunas (IGF) ainda não foi instituído pela União, que somente pode fazê-lo por meio de lei complementar.

Além dos impostos acima, a União ainda poderá instituir, em conformidade com o art. 154:

I – no exercício de sua *competência residual* e mediante lei complementar, impostos não previstos no art. 153, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;;

II – na iminência ou no caso de guerra externa, *impostos extraordinários*, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

1.4.3.2. Impostos dos Estados e do Distrito Federal

Em conformidade com o art. 155, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

O imposto sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos, mais conhecido por *imposto sobre heranças e doações*, tem por fato gerador a *transmissão* de quaisquer bens ou direitos recebidos em razão de (a) *sucessão legítima* ou *testamentária*, que ocorre com a morte do titular do bem³⁰; e (b) *doação*, entendida, conforme o afirma o art. 538 do Código Civil, como um contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Se o imposto incidir sobre *bens imóveis e respectivos direitos*, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal; se incidir sobre *bens móveis, títulos e créditos*, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal. Todavia, se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; ou se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior, terá competência para sua instituição o Estado indicado em lei complementar. Por fim, prevê a Constituição que as *alíquotas máximas* do imposto sobre transmissão causa mortis e doação serão fixadas pelo Senado Federal.

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS) incide sobre as operações relativas à: (a) à circulação de mercadorias; (b) prestação de serviços de transporte interestadual; (c) prestação de serviços de transporte intermunicipal; e (d) prestação de serviços de comunicação. O ICMS incide ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Relativamente à circulação de mercadorias, advirta-se para o fato de que o ICMS não incide simplesmente sobre mercadorias, mas sim sobre as operações onerosas que transfiram a titularidade de bens classificados como mercadorias. De referência às operações relativas à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, o imposto incide sobre os serviços de transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores, desde que a situação configure um negócio jurídico, com a existência de prestador e tomador do serviço³¹. Esse imposto submete-se aos princípios da *não-cumulatividade* (obrigatório) e da *seletividade* (facultativo). Quando as operações e prestações forem *interestaduais* e de *exportação*, determina a Constituição que Resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis a essas operações e prestações. Porém, a Constituição faculta ao Senado Federal estabelecer *alíquotas mínimas* nas operações internas, mediante Resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; e fixar *alíquotas máximas* nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante Resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros. Ademais, segundo a Constituição, salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais. O ICMS, no entanto, não incidirá: (a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º, isto é, quando o ouro for definido em lei como *ativo financeiro* ou *instrumento*

30. Código Civil, art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

31. FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. *Direito Tributário. Teoria, Jurisprudência e Questões*. Salvador: Editora JusPodivm, p. 532, 2007.

cambial, de modo que ele se sujeita exclusivamente à incidência do IOF; e (d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita. Por fim, segundo o § 3º do art. 155, da Constituição, à exceção do ICMS e dos impostos de importação e exportação, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País". Sucede, porém que o STF sumulou o seguinte entendimento: "É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País." (Súmula 659).

O imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) incide sobre a propriedade de qualquer espécie de veículo automotor e é cobrado anualmente pelo Estado onde o veículo é registrado, inscrito ou matriculado. Alguns Estados têm exigido o imposto sobre a propriedade de embarcações e aeronaves. Todavia, o plenário do STF decidiu que não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (RE 379572, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11.04.2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008, PUBLIC 01-02-2008).

1.4.3.3. Impostos dos Municípios

Finalmente, compete aos Municípios instituir impostos sobre:

- I – propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
- II – transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI);
- III – serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil e a posse de bem imóvel (por natureza ou por acessão física), localizado na zona urbana do Município. Em face dos incisos I e II do § 1º, do art. 156, na redação dada pela EC nº 29/2000, e sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel e ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. Em razão disso, foi editada a súmula 668 do STF, segundo a qual "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana." (grifos nossos). A Constituição Federal, portanto, passou a prever dois tipos

de progressividade: (a) a *progressividade em razão do valor do imóvel* (art. 156, § 1º, a partir da EC nº 29/2000), de caráter estritamente fiscal; e (b) a *progressividade no tempo* (art. 182, § 4º, inciso II), de caráter extrafiscal e punitiva, na medida em que é utilizada como forma de intervenção estatal para implementar a função social da propriedade e com o objetivo de forçar o proprietário do imóvel subutilizado a dar-lhe destinação social nos termos do plano Diretor municipal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a cobrança do IPTU em alíquotas diferenciadas em razão da destinação dos imóveis não afronta a Constituição da República (RE 457.482-AgR, voto da Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-11-07, 1ª Turma, DJE 9-5-08). No mesmo sentido: AI 689.636-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-6-09, 1ª Turma, DJE de 26-6-09; RE 454.916-AgR-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16-12-08, 2ª Turma, DJE de 6-3-09.

Sobre o ISS, conferir importante decisão do STF: "Incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. Constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. (...) As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas." (ADI 3.089, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 13-2-08, DJE de 1º-8-08). No mesmo sentido: RE 557.643-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-09, 2ª Turma, DJE de 13-3-09.

1.5. A taxa

Taxa é um tributo vinculado, cuja hipótese de incidência consiste numa atividade estatal relacionada direta e imediatamente ao contribuinte. Tem como base impositiva a medida econômica da atuação estatal, representada, geralmente, pelo custo do serviço ou da atividade de polícia. No mesmo

sentido, acentua Paulo de Barros Carvalho³², que *"Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado"*. Mais adiante, adverte o ilustre cientista do Direito, que *"Acaso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto"*.

Por imperativo constitucional, a taxa só pode ser instituída quando o aspecto material da hipótese de incidência consistir numa das seguintes atuações estatais: ou um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição ou o exercício do poder de polícia. Daí distinguir-se as *taxas de serviço* das *taxas de polícia*. De ver-se que, de referência à atuação estatal *serviço público*, a Constituição só admite taxa nos casos de serviços específicos, ou seja, serviços fruíveis individualmente pelos administrados (*uti singuli*), sob o regime de direito público (ex.: serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de energia elétrica, de gás, de água potável, etc.). Os serviços públicos gerais, insuscetíveis de fruição individual (*uti universi*), não admitem taxa (ex.: serviços de iluminação pública³³, de limpeza pública³⁴, de segurança pública³⁵, etc.). A disponibilidade do serviço, contudo, só enseja taxa, quando esse serviço for de *fruição obrigatória*, como o serviço de abastecimento de água, saneamento e esgoto, coleta de lixo, etc.

O sujeito ativo da taxa pode ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Assim, desde que disponham da *competência administrativa* para prestarem os serviços públicos específicos e divisíveis ou o ato de polícia administrativa ou para realizarem obras públicas, podem estas entidades políticas, por meio de seus legisladores, criarem essa subespécie de tributo vinculado.

32. Idem, ibidem, p. 32.

33. Vide Súmula nº 670, do STF: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa."

34.. "É ilegítima a cobrança da Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública-TCLLP, porquanto não está vinculada apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também a serviço de caráter universal e indivisível, como a limpeza de logradouros públicos." (RE 367.004-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 31-5-07, DJ de 22-6-07).

35. "Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. Atividade que somente pode ser sustentada por impostos." (ADI 2.424, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-4-04, DJ de 18-6-04).

O sujeito passivo da taxa é quem utiliza o serviço público (específico e divisível) ou recebe o ato de polícia administrativa. Ou, como afirma Ataliba³⁶,

"Sujeito passivo da taxa será, pois, a pessoa que requer, provoca ou, de qualquer modo, utiliza o serviço público específico e divisível, ou o tem à sua disposição (nos casos de taxa de serviço), ou cuja atividade requer fiscalização e controle públicos (taxas de 'polícia')".

1.5.1. A irrelevância da destinação do produto arrecadado

A destinação do dinheiro arrecadado com o tributo é irrelevante para classificá-lo. Di-lo corretamente o CTN, no art. 4º, que *"A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las: II – a destinação legal do produto de sua arrecadação"*.

As espécies (tributos vinculados e tributos não vinculados) e subespécies (impostos, taxas e contribuições) tributárias são reconhecidas pelo aspecto material da hipótese de incidência. Nunca pela destinação do produto arrecadado. Ou seja, será taxa ou outra subespécie tributária, segundo, exclusivamente, a materialidade da hipótese de incidência.

"Por isso – sustenta Ataliba³⁷ – são erradas cientificamente as pretensões definições de taxas pelo destino do produto da arrecadação ao custeio de determinada atividade pública". Em seguida, sentencia o sempre lembrado tributarista:

"É correta, sob a perspectiva da ciência das finanças, mas totalmente errada para o direito, a definição de imposto que assinala a circunstância de corresponder às despesas gerais e indetermináveis do poder público, ou que afirma ser taxa o tributo cujo produto da arrecadação custeia um serviço público".

Em suma, para se descobrir se um tributo é ou não taxa, é irrelevante o destino do dinheiro por meio dele arrecadado³⁸.

1.5.2. A taxa e o preço (tarifa)

Segundo a opinião doutrinária e jurisprudencial que predominou no campo do direito tributário, em especial no domínio específico das taxas (ainda com ecos no presente), a previsão do inciso II, do art. 145 da

36. Op. cit., p. 157.

37. Op. cit., p. 159.

38. ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 159.

Constituição Federal e do preceito equivalente da Carta de 1967/69, encerravam uma faculdade ao legislador, no sentido de que ele era livre para escolher o regime de remuneração dos serviços públicos: ou o regime de taxas ou o regime de preços (tarifas).

Total era – e para os que ainda assim entendem, é – o absurdo desta opinião. Com efeito, não há na Constituição nenhuma norma que encerre sugestões ou recomendações ou faculdades. Ou, como pontificava Ruy³⁹, não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselhos, avisos ou lições. Todas são imperativas, cogentes, obrigatórias, independentemente de serem de eficácia plena, contível ou limitada, exatamente por irradiarem efeitos desde que promulgadas. Assim, se a Constituição diz que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir taxa quando houver a prestação de um serviço público, ela está dizendo que, se houver a prestação de um serviço público e desejar a entidade que o presta cobrá-lo do utente, só poderá fazê-lo por meio de taxa.

Não é outro o entendimento dos autores modernos, comprometidos com o direito e a causa pública. Vejam as lúcidas observações do grande Geraldo Ataliba⁴⁰:

“Aqui, a única liberdade que a Constituição dá ao legislador é para decidir se a prestação de dado serviço público divisível e específico...será remunerada ou não. Com efeito, pode o legislador decidir que os serviços (vacinação, identificação ou profilaxia etc.) sejam prestados sem remuneração. Se, entretanto, resolver que haverá remuneração, não pode senão optar pela taxa. A sua prestação só pode ser retribuída mediante taxa”.

No mesmo sentido, destacam-se as lições do eminente Roque Carrazza⁴¹:

“Ainda acerca das taxas, nada impede que o Estado preste um serviço público ou pratique um ato de polícia a título gratuito”. “...Se, no entanto, o Estado pretender remunerar-se pelos serviços públicos que presta ou pelos atos de polícia que realiza..., deverá, obrigatoriamente, fazê-lo por meio de taxas (obedecido, pois, o regime jurídico tributário). Nunca por meio de preços públicos (também chamados tarifas ou, simplesmente, preços)”.

Não poderia ser diferente. De feito, o preço consiste numa contraprestação de uma prestação contratual livremente pactuada pelas partes, em posição de igualdade, regido pelo direito privado. Não pode ser alterado unilateralmente pelas partes, uma vez que fica à mercê do consentimento recíproco. Assim, é de toda evidência a incompatibilidade do regime dos

39. BARBOSA, Ruy. *In* Comentários à Constituição Federal brasileira (coligidos e ordenados por Homero Pires), 1933, p. 55.

40. Op. cit., p. 160.

41. Op. cit., p. 455/456.

preços, fruto da autonomia da vontade, com os serviços públicos, fruto da autoridade da lei. Ademais, os serviços públicos, além de serem indisponíveis, submetem-se a regime de direito público e decorrem, por isso mesmo, da lei, e não da autonomia da vontade. A remuneração do serviço público, portanto, não pode ser contratual, pois o serviço público não se vende e não se compra. Tão-somente pode ser remunerado por taxa, exação fiscal instituída por lei e sujeita a rigoroso regime constitucional.

Em suma, de afirmar-se que todo serviço público (específico e divisível) é remunerado por taxa. Assim, tratando-se de atividade voltada à prestação de serviços públicos, seja exercida diretamente pelo poder público, seja através de concessão ou permissão (CF, art. 175), a remuneração é por taxa. Doutro lado, se tratar-se de atividade de exploração econômica (CF, art. 173), que não é serviço público, a remuneração é por preço (tarifa).

1.6. A Contribuição de Melhoria

As contribuições são tributos vinculados, uma vez que suas hipóteses de incidência consistem numa atuação estatal. Diferem das taxas, tanto em face da referibilidade (ou conexão) estabelecida na hipótese de incidência entre a atuação estatal (aspecto material) e o contribuinte (aspecto pessoal) quanto em razão da base impositiva. Assim, enquanto nas taxas a referibilidade entre a atuação estatal e o contribuinte se dá *diretamente* e a base impositiva é a *dimensão econômica da só atuação estatal*; nas contribuições, a referibilidade entre a atividade estatal e o contribuinte se verifica apenas *indiretamente*, havendo a necessidade da presença de um termo ou elemento intermediário. E a base impositiva das contribuições é a *medida econômica desse termo ou elemento intermediário*.

Nas contribuições, portanto, é por meio do termo ou elemento intermediário que a atividade estatal se refere ao contribuinte. Esse termo ou elemento intermediário, por conseguinte, pode se manifestar como a *causa* ou o *efeito* da atuação estatal. Nas palavras de Ataliba⁴², “*Este elemento – que, ao fornecer a base impositiva, dá entidade à contribuição como categoria jurídica – pode ser, na verdade, causador, deflagrador, provocador da atividade estatal posta no núcleo da h.i. ou, pelo contrário, pode ser seu efeito ou consequência*”.

Pois bem, quando o termo ou elemento intermediário for o efeito ou consequência da atividade estatal, estamos diante de uma contribuição de melhoria.

42. *In* Hipótese de Incidência Tributária, Malheiros Editores, 6ª edição, 2ª tiragem, p. 185.

A contribuição de melhoria, segundo o permissivo constitucional único insculpido no inciso III do art. 145, tem por hipótese de incidência a *valorização imobiliária causada por obra pública*. Sua base impositiva é a *valorização*, que “*é a diferença positiva do valor do imóvel entre dois momentos: antes e depois da obra*”⁴³.

Assim, analisando-a, temos na contribuição de melhoria: uma atuação estatal (a *obra pública*, que é o aspecto material de sua hipótese de incidência) e o seu efeito (a *valorização*, que é a sua base impositiva). É exatamente por intermédio da valorização imobiliária (elemento intermediário *efeito*) que a atuação estatal se referirá ao contribuinte (*in casu*, o dono do imóvel valorizado), de modo que, sem a valorização, inexistirá a contribuição em tela, o que demonstra quão importante é o elemento intermediário nas contribuições. O que importa, insista-se, é a valorização causada pela obra pública, não sendo relevante o custo da obra. Esta, como ensina Ataliba⁴⁴, pode custar muito e causar pouca valorização. Mas pode, por outro lado, custar pouco e causar demasiada valorização. Isto porque, a contribuição de melhoria não é receita remuneratória do custo da obra.

Não basta, portanto, a obra pública (porque senão o tributo será taxa); por outro lado, é insuficiente o enriquecimento (com a só valorização do imóvel) do dono do imóvel (porque o tributo será imposto). “*É preciso haver – afirma Ataliba⁴⁵ – direta relação de causa e efeito entre a obra e a valorização*”.

Tal se dá em face da natureza da contribuição de melhoria. Toda valorização, portanto, decorrente de obra pública pertence à pessoa política que a realizou. Isso é um imperativo constitucional: as *mais-valias* geradas por obras públicas são atribuídas ao poder público que as realiza. Por isso que a Constituição autoriza à entidade política que realiza a obra a cobrar pela valorização dela decorrente, através da contribuição de melhoria.

Contudo, como adverte Roque Carrazza⁴⁶,

“Não se pode cobrar, da pessoa que teve seu imóvel beneficiado pela obra pública, importância superior ao aumento de valor que ela causou, sob pena de se desvirtuar o tributo, transformando-o num imposto sobre a propriedade. Assim, a mais-valia do imóvel, decorrente da obra pública, serve de parâmetro na fixação do quantum do gravame”.

Como todas as pessoas políticas tributantes – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – podem instituir a referida exação, o seu sujeito ativo,

obviamente, é a entidade tributante que realiza a obra. O sujeito passivo é o proprietário do imóvel valorizado.

1.7. Os Empréstimos Compulsórios

Os empréstimos compulsórios estão previstos, na Constituição de 1988, no art. 148, que integra o capítulo do Sistema Tributário Nacional. Vejamos sua descrição legislativa-constitucional:

“Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, ‘b’.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.”

Cuida-se de um tributo exclusivo da União. Com efeito, não há mais dúvidas acerca da natureza tributária dos empréstimos compulsórios, a despeito da decadente súmula do STF, verbete nº 418, que conferia a esta figura tributária a natureza de contrato coativo. Os empréstimos compulsórios têm, pois, índole tributária. Proclamam-na diversos juristas. Para Roque Carrazza⁴⁷,

“*Empréstimo compulsório é tributo e deve obedecer ao regime jurídico tributário*”. Para Paulo de Barros Carvalho⁴⁸

“Nunca é demasiado reafirmar a índole tributária dos empréstimos compulsórios: satisfazem, plenamente, as cláusulas que compõem a redação do art. 3º do Código Tributário Nacional, tido como expressão eloquente daquilo que o próprio sistema jurídico brasileiro entende por ‘tributo’, de nada importando o plus representado pela necessidade de restituição, insita ao conceito de ‘empréstimo’, porque bem sabemos que o nome atribuído à figura ou o destino que se dê ao produto da arrecadação nada acrescentam à natureza jurídica do tributo (CTN, art. 4º)”.

Ora, tanto são tributos que, além de o constituinte tê-los inserido no capítulo do Sistema Tributário Nacional, determinou expressa sujeição dos mesmos ao regime jurídico tributário. Basta ver que, de referência ao empréstimo compulsório instituído com base no inciso II (do art. 148), há explícita determinação de que esta figura observe o princípio da anterioridade, que é um princípio especificamente tributário.

43. Idem, ibidem, p. 170.

44. Op. cit., p. 171.

45. Op. cit., p. 174.

46. Op. cit., p. 477.

47. In Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores, 16ª edição, p. 478.

48. In Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 6ª edição, p. 27.

São, indubitavelmente, tributos. Tributos, contudo, *restituíveis*, tendo em vista que são prestações pecuniárias que a União, com base em lei complementar, pode exigir compulsoriamente das pessoas que praticam certos fatos lícitos (descritos como hipótese de incidência), em face de determinadas circunstâncias, para, após, restituí-las no prazo e sob as condições previstas na lei instituidora. O empréstimo compulsório, portanto, "*pressupõe a restituição da quantia arrecadada*"⁴⁹. Se não houver a previsão de sua restituição (que deve ser integral e devidamente corrigida, para evitar o enriquecimento sem causa), a lei instituidora será inconstitucional, por decretar um confisco, que é explicitamente vedado pelo art. 150, IV, da Constituição. Demais disso, a restituição deve ser feita em dinheiro, porque em dinheiro foi exigido o tributo.

Ressalte-se que o fato de os empréstimos compulsórios deverem ser devolvidos não lhes subtrai a natureza tributária, uma vez que, já se disse alhures, o destino do produto arrecadado é irrelevante para a natureza jurídica do tributo. Para além disso, ensina com muita propriedade o mestre Roque Carrazza⁵⁰, "*...uma vez pago o empréstimo compulsório, o tributo desaparece. Sua devolução é mera providência administrativa, que não pode repercutir em algo que já não existe (a relação jurídica tributária)*".

A Constituição vigente consagrou duas modalidades desse tributo restituível, estabelecendo os *pressupostos necessários* para a sua criação. Assim, temos o: a) empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; e o b) empréstimo compulsório para cobrir as despesas de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

Esses pressupostos necessários não são e nem podem vir a ser as hipóteses de incidência destes tributos. São apenas as causas constitucionais que autorizam a instituição destas exações. Presentes essas causas, a lei complementar poderá, livremente, estabelecer as hipóteses de incidência necessárias para a exigência dos empréstimos compulsórios.

Registre-se, ainda, que a Constituição vincula a aplicação dos recursos obtidos do empréstimo compulsório à despesa que fundamentou sua instituição. Nesse tributo, portanto, a destinação do produto da arrecadação

49. CARRAZZA, Roque. op. cit., p. 484.

50. Op. cit., p. 487.

faz parte de sua natureza constitucional⁵¹, não se lhe aplicando a vedação prevista no art. 167, IV⁵², da Lei Maior.

Os empréstimos compulsórios, entretanto, ao contrário do que sustentam alguns autores, não é uma espécie tributária (a quarta espécie tributária) posta ao lado do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria. É um tributo (restituível, repese-se) que, de acordo com a materialidade de sua hipótese de incidência, pode revelar-se como imposto, taxa ou contribuição de melhoria. Nesse sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho⁵³:

"Tais exações poderão revestir qualquer das formas que correspondem às espécies do gênero tributo. Para reconhecê-las como imposto, taxa ou contribuição de melhoria, basta aplicar o operativo critério constitucional representado pelo binômio hipótese de incidência/base de cálculo".

Os mesmos ensinamentos podem ser extraídos de Roque Carrazza⁵⁴:

"Enfim, o empréstimo compulsório é um tributo restituível. E um tributo que, de acordo com sua hipótese de incidência e base de cálculo, pode revestir a natureza jurídica de imposto (caso mais freqüente, por sua produtividade substancial), de taxa ou de contribuição de melhoria".

Em seguida, alerta o eminente mestre tributarista para que

"Naturalmente, a União, ao criar empréstimos compulsórios, deve ficar adstrita ao campo tributário que a Constituição lhe reservou. Não pode, portanto, invadir a seara tributária dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal. Eventual usurpação inquinará o empréstimo compulsório, nulificando-o. A União, portanto, poderá, por meio de lei complementar, criar empréstimos compulsórios sobre importações de produtos, obtenção de rendimentos, operações financeiras, propriedade territorial rural etc.; não poderá, porém, fazê-lo sobre operações mercantis, prestações de serviços, propriedade territorial urbana, e assim por diante (já que tais fatos estão dentro da competência tributária de outras pessoas políticas)".

Forçoso reconhecer, porém, que prevalece a opinião segunda a qual os empréstimos compulsórios são espécie autônoma de tributo.

51. CARRAZZA, Roque. op. cit., p. 490.

52. "Art. 167. São vedados: (...)

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo".

53. Op. cit., p. 27.

54. Op. cit., pp. 487/488.

1.8. As Contribuições sociais

As contribuições sociais estão previstas no art. 149 da Constituição de 1988. Este dispositivo, que integra o capítulo do Sistema Tributário Nacional, contém a seguinte redação:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

As contribuições sociais têm, sem dúvida, índole tributária, devendo, por isso mesmo, sujeitar-se ao regime jurídico-constitucional tributário. E tal afirmação é tão verdadeira que a própria Constituição, a par de tê-las inserido no capítulo do Sistema Tributário Nacional, determina expressamente a subordinação destas exações aos preceitos contidos no art. 146, III e no art. 150, I e III.

São, indubitavelmente, tributos. Não uma espécie própria de tributos, ao lado dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, como sustentam alguns. Mas, conforme a materialidade de suas hipóteses de incidência, as contribuições sociais podem revestir-se da natureza jurídica de imposto ou taxa. Jamais da contribuição de melhoria, tendo em vista que a hipótese de incidência desta última é incompatível com as finalidades constitucionais das contribuições sociais. Nesse sentido são as lições de Paulo de Barros Carvalho⁵⁵, quando afirma que:

“as contribuições sociais são tributos que, como tais, podem assumir a feição de impostos ou taxas. Excluimos, de indústria, a possibilidade de aparecerem com os caracteres de contribuição de melhoria, posto que esta espécie foi concebida em termos de estreito relacionamento com a valorização do imóvel, traço que não só prejudica como até impede seu aproveitamento como forma de exigência e cobrança das contribuições sociais”.

Outro não é o entendimento de Roque Carrazza⁵⁶, para quem as contribuições sociais podem

“revestir a natureza jurídica de imposto ou taxa, conforme as hipóteses de incidência e bases de cálculo que tiverem. Ao contrário do que sustemos nas edições anteriores, estamos agora convencidos de que as ‘contribuições’ do art. 149 da CF não podem, nem mesmo em tese, revestir a natureza de contribuição de melhoria, já que, pelas finalidades que devem alcançar,

não se coadunam com a regra-matriz deste tributo (valorização imobiliária causada por obra pública)”.

A Constituição Federal, entretanto, ao cuidar das contribuições sociais, não declinou – ao contrário do que fez com os demais tributos – quais devem ser suas hipóteses de incidência e bases de cálculo, a não ser indiretamente (como ocorre na hipótese do art. 195, I, da CF)⁵⁷. Limitou-se a especificar, no art. 149, as finalidades que devem alcançar, quais sejam: a) a intervenção no domínio econômico; b) o interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas; e c) o custeio da seguridade social. São essas finalidades que identificarão essas contribuições. Em face disso, o produto da arrecadação destas exações está vinculado ao alcance dessas finalidades, não se lhes aplicando a vedação do art. 167, IV, do texto constitucional. A destinação do tributo é posta pela Constituição Federal como aspecto integrante do regime jurídico-tributário das contribuições sociais. As contribuições sociais, assim, são tributos (podendo assumir a natureza de imposto ou taxa) qualificados pela finalidade (por uma daquelas finalidades previstas no art. 149 e acima indicadas). Em razão da variedade de finalidades constitucionalmente postas, três são as espécies de contribuições sociais, a saber: a) contribuição social de intervenção no domínio econômico; b) contribuição social de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento da atuação da União nas respectivas áreas; e c) contribuição social da seguridade social.

1.8.1. As contribuições sociais de intervenção no domínio econômico

Só a União pode instituir essas contribuições sociais. Para fazê-lo, deve, necessariamente, levar em conta os princípios gerais da atividade econômica previstos nos arts. 170 a 181 da Constituição Federal⁵⁸. Assim, pode ser instituída a contribuição em tela para defender o meio ambiente e o consumidor, para assegurar a livre concorrência, para promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, etc. Em suma, essas contribuições caracterizam-se por serem instrumentos de intervenção estatal no domínio econômico⁵⁹. São tributos extrafiscais, porquanto não têm por objetivo o abastecimento dos cofres públicos, mas tão-somente o controle da atividade econômica.

57. CARRAZZA, Roque. op. cit., p. 496.

58. Idem, ibidem, p. 501.

59. MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., p. 317.

55. Op. cit., p. 36.

56. Op. cit., p. 495.

Obviamente, o sujeito passivo dessa contribuição será aquele diretamente envolvido com a exploração da atividade econômica objeto da intervenção.

1.8.2. As contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento da atuação da União nas respectivas áreas

Essas contribuições, também instituídas pela União,

"destinam-se a custear entidades (pessoas jurídicas de direito público ou privado) que têm por escopo fiscalizar e regular o exercício de atividades profissionais ou econômicas, bem como representar, coletiva ou individualmente, categorias profissionais, defendendo seus interesses. Enquadram-se nesta categoria as contribuições arrecadadas, de seus filiados, pelos sindicatos, as contribuições que os advogados e os estagiários pagam à Ordem dos Advogados do Brasil, as contribuições que os médicos pagam ao Conselho Regional de Medicina, etc."⁶⁰.

São contribuições tipicamente para-fiscais, porquanto arrecadados por pessoas diversas daquela que a instituiu. A dizer, a União institui tais contribuições, mas que serão arrecadadas por outras entidades (estas, sim, sujeitos ativos da exação referida) para o fim de custear suas atividades.

Evidentemente, o sujeito passivo dessas contribuições só poderá ser aquele diretamente envolvido com a atividade profissional ou econômica objeto da atuação dos titulares da mencionada exação.

1.8.3. As contribuições sociais da seguridade social

Essas contribuições sociais são instituídas para o custeio parcial da seguridade social. Quer dizer, além d'outras formas constitucionalmente previstas para o financiamento da seguridade social (como os recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), há as contribuições sociais em tela, de responsabilidade do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada por lei; do empregado; e sobre a receita de concursos prognósticos (loterias em geral).

Essas contribuições, a depender da materialidade de suas hipóteses de incidência, podem revestir a natureza jurídica de impostos ou taxas. Em geral, as contribuições previdenciárias a cargo do empregador (contribuições da seguridade incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço) são impostos. Já as contribuições previdenciárias a cargo do

próprio empregado são taxas de serviço (em remuneração aos serviços que lhe são postos à disposição, a saber: serviços previdenciários para os casos de invalidez, doença, velhice, morte, proteção à maternidade, etc.).

De observar-se que, por força do § 1º do art. 149, na redação dada pela EC 41/2003, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. Isso implica em dizer que, além da União, todas as outras pessoas políticas devem criar suas próprias contribuições, cobradas de seus servidores, para custearem, em benefício destes, o regime próprio de previdência.

1.9. Das Limitações ao Poder de Tributar

A Constituição previu, no art. 150, vários princípios por meio dos quais impôs limitações ao poder de tributar⁶¹ das entidades federadas. Tendo em vista que tais princípios visam a proteção e garantia do contribuinte, não é exagero considerar que eles definem um verdadeiro estatuto do contribuinte.

1.9.1. O Princípio da Legalidade Tributária

O princípio da legalidade consubstancia-se na máxima de que só a Lei pode obrigar as pessoas a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. A Constituição brasileira de 1988 consagra, no seu art. 5º, II, o princípio da legalidade, através da seguinte fórmula:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Cuida-se de um princípio constitucional genérico, decorrente diretamente do princípio constitucional estrutural do Estado Democrático de Direito abrigado no art. 1º da Constituição da República. Em face desse princípio genérico, o Poder Público só pode impor condutas positivas ou negativas aos cidadãos por meio de Lei. O princípio da legalidade assegura, sem dúvida, a liberdade individual, pois o que não está em lei proibido está livremente permitido.

61. Sobre o tema, conferir as seguintes obras: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed., atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha e SILVA JÚNIOR, João Gomes da. *Direito Tributário*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007; SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. 8ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2007.

60. Idem, ibidem, p. 505.

De observar-se que, como princípio genérico, ele permeia toda a Constituição, estendendo e projetando sua exigência (consistente na fórmula: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*) a todos os domínios disciplinados na Carta Fundamental. Assim é que, ele é realizado em todos os âmbitos de atuação do poder público. Ou seja, concretiza-se, através de princípios específicos, em todos os domínios do direito, a saber: no direito penal, pelo princípio específico da legalidade penal; no direito administrativo, pelo princípio específico da legalidade administrativa; no direito tributário, pelo princípio específico da legalidade tributária, etc., de maneira que só a Lei é dado definir delitos e cominar penas, impor deveres administrativos, criar obrigações tributárias, etc.

Assim, em razão do princípio genérico da legalidade insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, só a Lei – emanada do Poder Legislativo segundo o processo legislativo traçado pela Carta Magna – poder instituir ou majorar tributos. Não obstante isso, esse princípio genérico vem reforçado pelo princípio específico da legalidade tributária previsto no art. 150, inciso I, da mesma Constituição, que tem a seguinte redação:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Percebe-se, pois, que o constituinte, visando acautelar o cidadão, em especial o contribuinte, pondo-o a salvo de qualquer investida arbitrária do Estado, consagrou o princípio da legalidade em matéria tributária, como uma poderosa limitação ao exercício da competência tributária, de sorte que ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário (a chamada obrigação tributária acessória) senão que seja em virtude de lei. Logo, a exigência e a cobrança de qualquer tributo pelo Estado só poderá validamente ocorrer se houver uma lei que a autorize, pois não existe o dever jurídico de pagar tributo que não tenha sido criado por lei. Por isso mesmo, sentenciar Roque Carrazza⁶² que “*Não é por outro motivo que se tem sustentado que em nosso ordenamento jurídico vige, mais do que o princípio da legalidade tributária, o princípio da estrita legalidade*”.

Só por lei é que se pode exigir tributos. O princípio da legalidade, portanto, garante a segurança do cidadão diante da tributação. O princípio da legalidade, entretanto, deve ser compreendido juntamente com o princípio federativo. É que não basta que o tributo seja criado por meio de lei. É necessário, ademais, que o tributo seja criado por lei da pessoa política investida

da competência constitucional para isto. Quer dizer, o imposto de renda, por ser um imposto da competência constitucional tributária da União, só pode ser instituído por lei desta entidade federada. Já o ICMS, por ser um imposto da competência constitucional tributária dos Estados-membros, só pode ser criado por lei desta entidade tributante. E o IPTU, por ser um imposto da competência constitucional tributária dos Municípios, só pode ser exigido por lei desta unidade federativa. O exercício da competência tributária de uma pessoa política por outra é, sem dúvida, inconstitucional, por desatender à rigorosa partilha da competência tributária determinada pela Carta Magna.

Mas não é só. Impõe-se ressaltar que instituir tributo é descrever abstratamente, de forma detalhada e pormenorizada, sua hipótese de incidência com todos os aspectos desta, quer dizer, seus sujeitos ativo e passivo, seu fato impositivo, seu tempo e espaço, bem como sua base de cálculo e sua alíquota. Não foi sem propósito que, em capítulos atrás, conceituamos o tributo como uma obrigação legal, ou seja, resultante de lei.

De conseguinte, por força do princípio constitucional específico da legalidade tributária, *só a lei emanada do Poder Legislativo da pessoa política investida de competência constitucional pode criar tributos, descrevendo abstratamente e pormenorizadamente suas hipóteses de incidência e todos os aspectos essenciais desta (aspecto pessoal, aspecto temporal, aspecto espacial e aspecto material), além das suas bases de cálculo e alíquotas.*

O princípio da legalidade, assim, alcança todos os tributos, abraçando todas as espécies tributárias previstas constitucionalmente entre nós, a saber, os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios, os impostos residuais da União, os impostos extraordinários, as contribuições parafiscais e as contribuições a que alude o art. 149 da Carta Política.

Enfim, o princípio da legalidade tributária revela-se, sem dúvida, entre nós, como *princípio da reserva absoluta à lei formal*, no sentido de que todos os elementos essenciais do tributo devem vir taxativamente expressados e determinados em lei editada pelo Legislativo da pessoa política competente para instituir este tributo, ficando vedado o emprego da analogia e da discricionariedade administrativa. Em reforço ao princípio da legalidade tributária há ainda, em matéria tributária, o *princípio da tipicidade fechada*. Consiste este, pois, na circunstância de que só é típico o fato que se adequa rigorosamente àquele descrito, com todos os seus elementos, pelo legislador. À essa subsunção – do fato ocorrido no mundo fenomênico àquele descrito abstrata e pormenorizadamente na lei – corresponde o princípio da tipicidade fechada.

62. Op. cit., p. 214.

Cumpra ressaltar que a nova redação do art. 62 da Constituição permite a instituição e majoração de tributo por medida provisória. Com efeito, diz o § 2º: *Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.*

1.9.2. Princípio da Igualdade Tributária

Esse princípio está previsto no art. 150, II, da Constituição Federal e consiste na *vedação de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

1.9.3. Princípio da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva é aquele em virtude do qual o contribuinte deve ser onerado na conformidade de seus haveres. Contudo, constitucionalmente, o princípio da capacidade contributiva só se impõe aos impostos. Com efeito, diz a primeira parte do § 1º do art. 145 da CF que *"Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte..."*.

Assim, para atender a esse princípio, todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos, de maneira que quanto maior a base impositiva do imposto, tanto maior deverá ser sua alíquota.

Ressalte-se que a capacidade contributiva é *objetiva*, e não subjetiva. Isso significa que, na tributação, o que se leva em conta são as manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, um automóvel, etc.) e não as condições econômicas reais de cada contribuinte. Pouco importa que esse contribuinte seja pobre. O que importa é que ele tem um imóvel (para suportar o IPTU ou ITR), um automóvel (para suportar o IPVA).

Em suma, se a regra-matriz constitucional do imposto permitir (isso porque há impostos que constitucionalmente são incompatíveis com esse princípio, como, por ex., o IPI e o ICMS, uma vez que são impostos indiretos, suportados pelo consumidor final, e não propriamente o contribuinte, o que tornaria impossível verificar a capacidade contributiva de cada um), ele deverá necessariamente, sempre e sempre, obedecer ao princípio da capacidade contributiva.

1.9.4. Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária

Esse princípio consiste na vedação de cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos *antes* do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Constitui nítida expressão, no direito tributário, do princípio geral da não retroatividade da lei consagrado no art. 5º, XXXVI.

Cuida-se de um *direito fundamental do cidadão-contribuinte*⁶³, ineditamente previsto na Constituição em vigor, no art. 150, III, *a*. Ostenta caráter *absoluto*, de ordem a impedir, sem exceções, a incidência de tributos sobre fatos pretéritos e seus correspondentes efeitos. Desse modo, a lei que institui ou aumente tributos só pode alcançar os fatos geradores ocorridos *após* a sua vigência. Cumpra esclarecer que o art. 106 do Código Tributário Nacional, longe de estabelecer exceções ao princípio constitucional em tela, apenas o confirma. Com efeito, segundo o citado preceito, a lei tributária aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja *expressamente interpretativa*, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; e II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Situação interessante ocorre relativamente aos chamados *tributos de período*, ou seja, aqueles que possuem *fatos geradores periódicos*, como, por exemplo, o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro líquido. Nestes tributos, em face do princípio em comento, importa saber se a lei incide sobre os fatos em curso no período. Durante muito tempo vigeu entre nós a súmula nº 584 do STF, segundo a qual *"Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração."* A jurisprudência do STF abandonou o entendimento sumulado, como se pode ver do julgamentos abaixo:

"Contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei 7.689/88. Não é inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária. Constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 7.689/88. Refutação dos diferentes argumentos com que se pretende sustentar a inconstitucionalidade desses dispositivos legais. Ao determinar, porém, o artigo 8º da Lei 7.689/88 que a contribuição

63. Nesse sentido, conferir BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed., atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado, Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 189, 2003.

em causa já seria devida a partir do lucro apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988, violou ele o princípio da irretroatividade contido no artigo 150, III, "a", da Constituição Federal, que proíbe que a lei que institui tributo tenha, como fato gerador deste, fato ocorrido antes do início da vigência dela. Recurso Extraordinário conhecido com base na letra "b" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, mas a que se nega provimento porque o mandado de segurança foi concedido para impedir a cobrança das parcelas da contribuição social cujo fato gerador seria o lucro apurado no período - base que se encerrou em 31 de dezembro de 1988. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º da lei 7689/88." (RE 146.733, Rel. Moreira Alves, julgamento em 29-6-1992, DJ de 6-11-1992). No mesmo sentido: ADI 15, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-6-07, DJ de 31-8-07.

"O parágrafo único, art. 11, da Lei n. 8.134/90 institui coeficiente de aumento do imposto de renda e, não, índice neutro de atualização da moeda. Por isso, ele não pode incidir em fatos ocorridos antes de sua vigência, nem no mesmo exercício em que editado, sob pena de afrontar as cláusulas vedatórias do art. 150, inciso III, alíneas a e b, da Constituição Federal. Assim é, porque a obrigação tributária regula-se pela lei anterior ao fato que a gerou, mesmo no sistema de bases correntes da Lei n. 7.713/88 (imposto devido mensalmente, a medida em que percebidos rendimentos e ganhos de capital, não no último dia do ano) em vigor quando da norma impugnada. Ainda quando a execução da obrigação tributária se projeta no tempo, ela surge, também nesse sistema, contemporaneamente ao seu fato gerador." (ADI 513, Rel. Min. Célio Borja, julgamento em 14-6-91, DJ de 30-10-92).

Nos tributos de período, a inaplicabilidade da lei aos fatos em curso no momento da sua edição resulta da conjugação dos princípios da irretroatividade e da anterioridade. Isso porque, não só a lei instituidora ou majoradora de tributos não pode alcançar fatos anteriores à sua vigência, como também não pode atingir fatos geradores ocorridos no exercício financeiro em que se deu a sua publicação. Assim, em razão dos princípios da irretroatividade e da anterioridade, nos tributos de período, não se aplica lei nova (que aumente o tributo), ainda que editada antes do encerramento do ano-base.

1.9.5. Princípio da Anterioridade

No domínio da tributação, o princípio da segurança jurídica impõe que o contribuinte tenha o conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, exatamente para que possa planejar sua vida econômica⁶⁴.

Com efeito, visando efetivar, entre nós, os valores albergados na segurança jurídica, a Constituição brasileira consagrou, *como explícita limitação*

64. CARRAZZA, Roque Antonio. op. cit., p. 168.

ao exercício da competência tributária, o princípio da anterioridade da lei tributária. Por esse princípio, a Carta Magna veda que a pessoa política tributante crie ou majore, da noite para o dia, um tributo. Quer dizer, ela não permite que o contribuinte seja acolhido sorrateiramente, ou seja, de surpresa, por uma nova obrigação tributária.

A Constituição Federal prevê, assim, no art. 150, III, b, que "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III – cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

Cuida-se, pois, do princípio da anterioridade da lei tributária, que, como registra Roque Carrazza⁶⁵, "*é especificamente tributário, já que se projeta, apenas, no campo da tributação (federal, estadual, municipal e distrital)*". Em face dele, a lei tributária – que institui ou majora tributos – só pode incidir sobre fatos ocorridos (fato imponível) no exercício financeiro seguinte ao da sua publicação. Ou, noutro sentido, a lei que instituiu ou majorou uma exação tributária somente produz efeitos no ano financeiro subsequente ao da sua vigência.

Cumpra anotar, entretanto, que a EC nº 42/03 inseriu a alínea "c" ao inciso III do art. 150 da Constituição ampliando o conteúdo do princípio em tela. Isso porque, em consonância com os termos do novo preceito, também não é possível cobrar tributos *antes de decorridos noventa dias* da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b. Ou seja, tanto não é possível cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, como, ainda que de um exercício financeiro para outro, não é possível cobrar tributos *antes de decorridos noventa dias* da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Assim, se uma lei instituidora de tributo é publicada no dia 30 de dezembro, ela não incidirá a partir de 01 de janeiro do exercício financeiro seguinte, mas a partir de 90 dias depois.

O princípio da anterioridade, contudo, não se confunde como o princípio da anualidade. Este último, que existiu no Brasil durante a vigência da Carta Política de 1946, determinava que nenhum tributo podia ser cobrado, em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária. Ou seja, para que um tributo pudesse ser exigido, era necessário que a lei orçamentária *anual* autorizasse sua cobrança, anualmente. Mas, como visto, ele existiu sob a égide

65. Idem, ibidem, p. 165.

da Norma Fundamental de 46, não mais se podendo cogitar de sua existência desde a carta de 67/69. O princípio da anualidade cedeu espaço, pois, para o princípio da anterioridade.

O princípio da anterioridade não alcança, entretanto, todos os tributos. A Constituição Federal abrigou tal princípio como regra, cedendo passo para alguns tributos. A Constituição excluiu desse princípio os seguintes tributos: 1) imposto de importação de produtos estrangeiros (II); 2) imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE); 3) imposto de produtos industrializados (IPI); 4) imposto de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF); 5) impostos extraordinários de guerra; e 6) empréstimos compulsórios para atender a despesas decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, em face do que dispõem, respectivamente, os arts. 150, § 1º; 154, II e 148, I, da CF.

Ainda no que diz respeito às exceções à regra do princípio da anterioridade tributária, a Constituição da República instituiu uma *anterioridade especial*, mais restrita, que se aplica às contribuições sociais da seguridade social, previstas no art. 195, Incisos I, II e III. Isto porque, segundo preceitua o § 6º desse mesmo artigo, essas contribuições sociais só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b" (dispositivo que prevê a anterioridade genérica).

Isso significa que, distintamente da anterioridade genérica que determina que um tributo só pode ser cobrado no exercício financeiro seguinte àquele em que haja sido publicada a lei que o instituiu, pelo princípio da anterioridade especial, aquelas contribuições só podem ser cobradas 90 (noventa) dias após a data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, sem levar em consideração o exercício financeiro.

Em conformidade com o § 1º do art. 150, a vedação do inciso III, c (que proíbe cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou), não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I (empréstimos compulsórios para atender a despesas decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência), 153, I (imposto de importação), II (imposto de exportação), III (imposto sobre a renda) e V (imposto de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários); e 154, II (impostos extraordinários de guerra), nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III (propriedade de veículos automotores), e 156, I (propriedade predial e territorial urbana).

1.9.6. O Princípio da Não-Cumulatividade

O princípio da não-cumulatividade é princípio constitucional tributário que alcança o imposto federal sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Tal princípio jurídico encontra-se previsto no inciso II, do § 3º, do art. 153, da CF, de referência ao IPI; e no inciso I do § 2º, do art. 155, do mesmo diploma maior, no tocante ao ICMS. Vejamo-lo, respectivamente:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados;

(...)

§ 3º – O imposto previsto no inciso IV:

(...)

II – *será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;*"

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º – O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

I – *será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*"

O princípio da não-cumulatividade institui a chamada *garantia do abatimento*, conferindo ao IPI e ao ICMS o caráter *não-cumulativo*. Em face dele, os mencionados impostos serão não-cumulativos porque em cada operação (ou prestação) é assegurada ao contribuinte um abatimento ou dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações (ou prestações) anteriores. Ou seja, garante-se a compensação do que for devido em cada operação (ou também prestação, no caso particular do ICMS) com o montante cobrado nas anteriores. Exemplificando: na primeira operação, a empresa X

recolheu R\$ 1.000,00 a título de IPI ou ICMS (logo, ela tem um crédito de R\$ 1.000,00); já na segunda operação, essa mesma empresa teria de recolher, também a título de IPI ou ICMS, a importância de R\$ 2.000,00 (logo, ela tem um débito de R\$ 2.000,00). Nesse caso, pelo princípio constitucional da não-cumulatividade, a empresa X terá de recolher apenas R\$ 1.000,00, que é o resultado da compensação do devido na segunda operação (R\$ 2.000,00) com o montante cobrado na primeira (R\$ 1.000,00). Há, portanto, um abatimento ou uma compensação entre crédito e débito [R\$ 2.000,00 (*débito*) – R\$ 1.000,00 (*crédito*) = R\$ 1.000,00 *a recolher*]. Se, porventura, não houver débito, mas, por outro lado, persistir o crédito, este será transferido para a próxima ou próximas operações. Assim, tomando por empréstimo o exemplo acima, de supor-se que a empresa X, na segunda operação, devesse recolher apenas R\$ 500,00. Ora, como ela já havia recolhido, na primeira operação, R\$ 1.000,00, não haverá débito, pois ela ainda terá um crédito de R\$ 500,00, que será, repita-se, transferido para a próxima ou próximas operações, enquanto tal crédito não for extinto pela decadência.

Assim, o contribuinte – *se houver débito* – apenas recolhe, em dinheiro, aos cofres públicos, a *diferença* resultante desta operação de dedução entre seus créditos e débitos.

Por fim, é de se destacar que a lei complementar referida no art. 155, § 2º, XII, c, da CF, no que diz respeito à não-cumulatividade aplicada ao ICMS, tem natureza meramente declaratória, não podendo interferir no conteúdo e no alcance do princípio da não-cumulatividade. Quando muito, tal lei disciplinará o procedimento de constituição, registro e utilização do crédito do ICMS. Ressalte-se, ademais, que o princípio da não-cumulatividade depende, para realizar-se e operar seus plenos efeitos, da edição dessa lei complementar. Por conseguinte, e isso vai tanto para o IPI como para o ICMS, o direito à compensação, assegurado por este princípio, só depende da verificação de um dos fatos impositivos destes impostos.

1.9.7. Princípio da Seletividade

A Constituição Federal também protege o contribuinte do IPI e do ICMS através do princípio da seletividade.

Assim, prevê no inciso I do § 3º, do art. 153 e no inciso III do § 2º, do art. 155, o princípio da seletividade, em função da essencialidade do produto e em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, para, respectivamente, o IPI e o ICMS. Vejamo-los:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

I - *será seletivo, em função da essencialidade do produto;*”

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

(...)

III - *poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;*”

De ver-se, contudo, que, enquanto o princípio em tela aplica-se obrigatoriamente ao IPI, é de incidência facultativa ao ICMS. A despeito da resistência de Roque Carrazza⁶⁶, para quem a Constituição confere um poder-dever ao Estado ou Distrito Federal para aplicar o mencionado princípio ao ICMS, pensamos que está claro o propósito do Constituinte em apenas facultar essa aplicação. Aliás, no sentido de que a norma do inciso III do § 2º, do art. 155 da CF não impõe um dever para o legislador ordinário, encerrando mera faculdade, inclina-se praticamente a unanimidade da doutrina.

Por força do princípio da seletividade, portanto, os produtos (para o IPI) e as mercadorias e serviços (para o ICMS) de primeira necessidade devem ser, necessariamente, menos onerados com o respectivo tributo, que os menos necessários ou supérfluos. Ou, noutro sentido, os produtos, as mercadorias e os serviços mais essenciais se sujeitam a uma alíquota menor do IPI ou do ICMS. Quanto mais essenciais esses produtos e essas mercadorias e serviços, menos será o tributo a pagar. A seletividade, pois, é em função da essencialidade desses produtos, mercadorias e serviços.

Em suma, as alíquotas do IPI ou do ICMS deverão variar – para mais ou para menos – em função da essencialidade dos produtos, das mercadorias e dos serviços.

66. Ob. cit., p. 297.

De observar-se, ademais, que o princípio da seletividade contribui para confirmar a pujança do princípio da capacidade contributiva, em face do qual quem tem mais, deve pagar mais do que quem tem menos. Ora, quem adquirir um produto ou uma mercadoria suntuosa ou pomposa revela maior capacidade econômica, devendo, consequentemente, pagar mais IPI ou ICMS.

1.9.8. Princípio da vedação do confisco

Esse princípio proíbe a utilização do tributo com efeito de confisco. Visa proteger o direito de propriedade.

1.9.9. Princípio da Imunidade recíproca

Essa imunidade é aquela que veda as pessoas políticas de se tributarem reciprocamente, de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem instituir *impostos* sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

Cuida-se de uma imunidade que deriva do princípio federativo, pois não seria admissível – sob pena de afronta a esse princípio fundamental – que uma entidade politicamente autônoma interferisse noutra igualmente autônoma, para exigir-lhe impostos. Ora, no princípio federativo, a igualdade entre as pessoas políticas é sua marca característica. O pacto federativo, portanto, encerra a necessidade de um equilíbrio federativo entre as entidades políticas, que, por isso mesmo, encontram-se num mesmo plano de hierarquia federativa. Têm, pois, igual dignidade federativa. Com a possibilidade de umas intervir noutras para compelir-lhes a pagar impostos, restaria visceralmente maculado esse princípio político.

Em face disso, de sustentar-se que – assim como faz o eminente Roque Carrazza⁶⁷ – nem precisaria a Constituição haver instituído essa imunidade. Ela existiria independentemente desta previsão constitucional, pelo só fato, repise-se, dos valores albergados pelo princípio federativo.

A imunidade recíproca, entretanto, não protege as pessoas políticas quando atuem explorando atividade econômica regida por normas aplicáveis a empreendimentos privados. Com efeito, quando as pessoas políticas exploram atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empresas privadas, igualam-se a estas, não merecendo tratamento tributário diferenciado. Assim é que, no § 3º, do art. 150, dispõe a Constituição Federal:

67. Op. Cit., p. 603.

“Art. 150. (...)”

§ 3º – As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”

Ainda de conformidade com o preceptivo acima, a imunidade tributária não alcança o promitente comprador (nem, evidentemente, o comprador) de imóvel das pessoas políticas. A imunidade é das pessoas políticas, não se estendendo a terceiros. Assim, o promitente comprador ou adquirente de imóvel pertencente às pessoas políticas deve pagar o ITBI.

Todavia, essa imunidade recíproca estende-se às autarquias e fundações públicas, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Isso se dá, por força do § 2º do art. 150, *in verbis*:

“Art. 150. (...)”

§ 2º – A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

1.9.10. As imunidades dos templos de qualquer culto

Visando garantir o direito à liberdade de crença e a igualdade entre as crenças, a Constituição Federal vedou a exigência de qualquer imposto sobre os templos de qualquer culto.

Por *templos* tem-se entendido não só os locais onde os diversos cultos se realizam, como os seus prédios anexos. Assim, segundo leciona Roque Carrazza⁶⁸, “São considerados templos não apenas os edifícios destinados à celebração pública dos ritos religiosos, isto é, os locais onde o culto professa, mas, também, os seus anexos. Consideram-se ‘anexos dos templos’ todos os locais que tornam possíveis, isto é, viabilizam o culto.”

Essa imunidade, contudo, circunscreve-se ao patrimônio, renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais dos templos de qualquer culto (CF, § 4º do art. 150), de modo que não estão imunes as rendas decorrentes da venda de bens, de aluguéis de imóveis, etc., ainda que tais

68. Op. Cit., p. 620.

rendimentos sejam revertidos em favor do culto, uma vez que aquelas atividades não são funções essenciais do culto⁶⁹.

1.9.11. As imunidades dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos

São também imunes, por meio de impostos, o patrimônio, a renda e os serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Essa imunidade, contudo, só protege essas entidades quanto ao patrimônio, renda e serviços relacionados com suas finalidades essenciais (CF, § 4º do art. 150).

O CTN, no art. 14, incisos I a III, estabelece os requisitos necessários para a fruição da imunidade em tela. Assim, de acordo com esse dispositivo, e respectivos incisos, é necessário que aquelas entidades a) não tenham fins lucrativos; b) apliquem todos os seus recursos no País; e c) escretem suas receitas em livros próprios e de modo adequado.

1.9.12. As imunidades dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão

Com o propósito de assegurar a educação, liberdade de expressão (de pensamento, de comunicação, de imprensa, etc.) e sua divulgação, a Constituição Federal igualmente tornou imune a impostos os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão⁷⁰.

Em face do desenvolvimento tecnológico, são equiparados a livros, para o efeito da incidência da norma imunizante, os CD-Roms, os disquetes de computador, os videocassetes, os discos, etc., desde que tenham aquele fim de garantir o acesso a educação, a liberdade de expressão e sua divulgação. São os chamados *livros eletrônicos*, que, à semelhança dos livros comuns, são veículos de idéias. O mesmo ocorre com os jornais e periódicos.

69. Todavia, conferir a seguinte súmula: "Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades." (SÚM. 724).

70. "A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos." (SÚM. 657).

Assim, com Roque Carrazza⁷¹, "...não só o livro, o jornal e o periódico convencionais são imunes a impostos, como, também, os objetos que lhes fazem as vezes".

É necessário ressaltar que o livro, o jornal e o periódico, desde que, repese-se, veículos de difusão de idéias, são imunes independentemente de sua base material (papel, metal, plástico, papiro, etc.). Demais disso, a imunidade em tela estende-se a outros insumos, como as máquinas impressoras, a tinta de impressão, etc.

1.9.13. Outras limitações

De acordo com o art. 151, é vedado à União: (I) instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País; (II) tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes; e (III) instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

E em face do art. 152, é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

1.10. Da repartição das receitas tributárias

A Constituição não se conteve em discriminar as receitas tributárias por fontes próprias de cada entidade tributante, isto é, por meio dos tributos que cada uma pode instituir e arrecadar; ela foi além, para também dispor de uma discriminação de rendas tributárias através de um sistema em que uma entidade política participa da receita tributária de outra. A esse sistema a Constituição designou de *repartição das receitas tributárias*, típico do federalismo cooperativo.

A participação de uma entidade política na receita tributária de outra pode ocorrer, segundo a Constituição, de três formas:

71. Op. Cit., p. 650.

- 1) *participação do total do produto da arrecadação do imposto* (exemplo: art. 157, I e art. 158, I, que prevêem, respectivamente, que pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituam e mantiverem);
- 2) *participação sob a forma de percentual do produto da arrecadação do imposto* (exemplo: art. 158, III e IV, segundo o qual pertencem aos Municípios 50% [cinquenta por cento] do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA licenciados em seus territórios; e 25% [vinte e cinco por cento] do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS);
- 3) *participação em fundos* (exemplo: art. 159, segundo o qual a União entregará do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza [IR] e sobre produtos industrializados [IPI], 48% [quarenta e oito por cento] na seguinte forma: a) 21,5% [vinte e um inteiros e cinco décimos por cento] ao *Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE*; b) 22,5% [vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento] ao *Fundo de Participação dos Municípios - FPM*).

Assim, em conformidade com o art. 157, *pertencem aos Estados e ao Distrito Federal*:

- I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituam e mantiverem;
- II - 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I (competência residual da União, para instituir mediante lei complementar, impostos não previstos no art. 153, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição).

Já por força do art. 158, *pertencem aos Municípios*:

- I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), incidente na fonte, sobre

rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituam e mantiverem;

- II - 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural (ITR), relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;
- III - 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) licenciados em seus territórios; e
- IV - 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Ademais, em razão do que dispõe o art. 159, a *União entregará*:

- I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), 48% (*quarenta e oito por cento*) na seguinte forma:
 - a) 21,5% (*vinte e um inteiros e cinco décimos por cento*) ao *Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE*;
 - b) 22,5% (*vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento*) ao *Fundo de Participação dos Municípios - FPM*;
 - c) 3% (*três por cento*), para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; e
 - d) 1% (*um por cento*) também ao *Fundo de Participação dos Municípios*, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano⁷²;

72. A EC 55/07 alterou o art. 159 da Constituição Federal, aumentando a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios. Esse aumento consistiu na destinação de 1% ao Fundo de Participação dos Municípios, que só será entregue, contudo, no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano. Todavia, cumpre esclarecer que, consoante o art. 2º do texto da EC 55/07, no exercício de 2007, as alterações do art. 159 da Constituição Federal previstas na referida Emenda

II – do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (IPI), dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados;

III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I do art. 159, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I (§ 1º do art. 159).

A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II do art. 159, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido (§ 2º do art. 159).

Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II do art. 159, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II (§ 3º do art. 159).

Do montante de recursos de que trata o inciso III do art. 159 que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso (§ 4º do art. 159).

Em conformidade com o art. 160 da Constituição, é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nos artigos 157 a 159, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Todavia, tal vedação não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; e ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III (ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos).

somente se aplicam sobre a arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados realizada a partir de 1º de setembro de 2007.

2. DAS FINANÇAS PÚBLICAS

2.1. Considerações gerais

A Constituição abre o capítulo de finanças públicas, prevendo, no art. 163, que cumprirá a lei complementar dispor sobre: (I) finanças públicas; (II) dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; (III) concessão de garantias pelas entidades públicas; (IV) emissão e resgate de títulos da dívida pública; (V) fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (VI) operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (VII) compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. É vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira. Todavia, o banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros. As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

2.2. Dos Orçamentos

A Constituição prevê três leis básicas do sistema orçamentário, todas de *iniciativa privativa* do Poder Executivo, quais sejam: 1) a lei do plano plurianual; 2) a lei das diretrizes orçamentárias; e 3) a lei dos orçamentos anuais.

Segundo a Constituição, cumpre a lei que instituir o plano plurianual estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos *programas de duração continuada*. Trata-se de um plano de investimento, razão porque se impõe que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição sejam elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o

exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Seu maior objetivo é estabelecer as diretrizes que orientarão a elaboração do orçamento anual.

A lei orçamentária anual compreenderá *três orçamentos*: 1) o *orçamento fiscal* referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; 2) o *orçamento de investimento* das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e 3) o *orçamento da seguridade social*, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Os orçamentos públicos sujeitam-se a determinados princípios. Entre os quais destacam-se:

- a) *Princípio da exclusividade*. Está previsto no § 8º do art. 165, em consonância com o qual a lei orçamentária anual *não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa*, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. A idéia é tornar o orçamento um instrumento *exclusivo* para *previsão da receita e à fixação da despesa*.
- b) *Princípio da programação*. Foi adotado pela Constituição, tendo em vista a exigência de que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição sejam elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, § 4º).
- c) *Princípio da legalidade*. Consiste na exigência de que, não só os orçamentos públicos, mas todo o sistema orçamentário, dependa de lei.

De acordo com a Constituição (art. 166), os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. Caberá a uma *Comissão mista permanente* de Senadores e Deputados: (I) examinar e emitir parecer sobre os projetos de leis do sistema orçamentário e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; (II) examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional. As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: (I) sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; (II) indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou (III) sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias só poderão ser aprovadas se compatíveis com o plano plurianual.

Os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual serão enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

De acordo com o art. 167, são vedados:

- I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
- III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;
- IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Cumprе ressaltar que, segundo o art. 76 do ADCT, na nova redação dada pela EC nº 68, de 21 de dezembro de 2011, são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (*vinte por cento*) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. Cuida-se, aí, e mais uma vez, da chamada *Desvinculação das Receitas da União* (DRU), que o

Governo Federal insistentemente vem prorrogando ao longo de vários anos, por meio de inúmeras Emendas Constitucionais⁷³.

Argumenta o Governo Federal, em defesa da DRU, que em razão do excesso de vinculações no Orçamento Geral da União, o Governo passou a ter dificuldade para honrar o pagamento de despesas obrigatórias e realizar novos investimentos, mesmo dispondo de recursos sobrando em outros itens. Desse modo, essas vinculações de receitas, somadas com outros gastos fixos (pagamento de pessoal, benefícios previdenciários, etc.), dificultam a capacidade do Governo de alocar recursos de acordo com suas prioridades sem trazer endividamento adicional para a União. A proposta, portanto, foi desvincular de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (*vinete por cento*) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, formando uma fonte de recursos livre, sem comprometer as transferências constitucionais para Estados e municípios, uma vez que a desvinculação é feita após os cálculos das transferências. O mesmo ocorre com o salário-educação, com as contribuições de empregadores e trabalhadores para o regime geral da Previdência Social e com as contribuições para o plano de seguridade social do servidor, que também não serão afetados pela DRU. Outros recursos excluídos da DRU são os do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e os destinados à educação.

V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

73. Tudo começou com a Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94 que instituiu o Fundo Social de Emergência (FSE), estabelecendo uma desvinculação de receitas para estabilizar a economia logo após o Plano Real. Com a EC nº 27/2000, que incluiu o art. 76 no ADCT da Constituição Federal de 1988, o Fundo Social de Emergência (FSE) foi substituído pela DRU. A EC nº 27/2000 estabeleceu a DRU no percentual de 20%, a vigorar no período de 2000 a 2003. Com a EC nº 42/2003, que deu nova redação ao art. 76 da ADCT, a DRU (20%) foi prorrogada para o período 2003 a 2007; a EC nº 56/2007 também prorrogou DRU (20%) para até 31 de dezembro de 2011; e, finalmente, a recente EC nº 68/2011 prorrogou a DRU (20%) para até 31 de dezembro de 2015.

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa;

X – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, § 1º).

Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente (art. 167, § 2º).

Só é possível a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62 (art. 167, § 3º).

DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

Sumário • 1. Conceito de Ordem – 2. Ordem Econômica: 2.1. Ordem Econômica e Constituição Econômica; 2.2. A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras; 2.3. A Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988; 2.4. Ordem Econômica, Meio Ambiente e Desenvolvimento sustentável; 2.5. Da Política Urbana: 2.5.1. Desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana; 2.6. Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária: 2.6.1. Desapropriação para fins de reforma agrária – 3. Do Sistema Financeiro Nacional.

1. CONCEITO DE ORDEM

O conceito de ordem induz a uma idéia de *organização* e, por essa razão, de uma seleção dos elementos que integram um conjunto, direcionada a uma finalidade. Toda organização tem um direcionamento para uma meta. Daí dever-se entender *ordem* como uma *organização que envolve dois movimentos*. Há um movimento de colocar juntos elementos compatíveis, coerentes entre si. Este primeiro movimento é estático, em que se visualizam os elementos que integram o conjunto numa perspectiva de *compatibilidade*, de *não-rejeição*. E há um segundo movimento, que complementa e integra o primeiro com a perspectiva dinâmica.

Dentro desse quadro, ordem significa um conjunto de elementos compatíveis entre si e, para além dessa coerência, voltados para o futuro, direcionados a uma *teleologia*¹.

2. ORDEM ECONÔMICA

Invocando as noções acima apontadas, pode-se afirmar que *ordem econômica* é um conjunto de elementos compatíveis entre si, ordenadores da vida econômica de um Estado, direcionados a um fim.

A expressão “ordem econômica”, entretanto, pode ser tomada por distintas conotações. Elucidativas, a propósito, são as anotações de Vital Moreira, para quem

“Em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais,

1. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 41.

mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

Em um segundo sentido, 'ordem econômica' é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

Em um terceiro sentido, 'ordem econômica' significa ordem jurídica da economia."²

No exame do texto constitucional (CF/88, art. 170), é possível vislumbrar dois sentidos de ordem econômica: a ordem econômica empregada para se referir ao conjunto de prescrições normativas (mundo do *dever ser*) que moldam e conformam as relações econômicas e aquela utilizada para designar o conjunto das práticas econômicas realizadas (mundo do *ser*).

2.1. Ordem Econômica e Constituição Econômica

A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-la, o que teve início com a revolucionária Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica.

Pois bem, em tempos hodiernos, as Constituições não se limitam ao trato da organização política do Estado, nem à declaração de direitos civis e políticos. São bem mais abrangentes, disciplinando questões compreendidas não só no campo do direito público como no do domínio privado.

Com o surgimento dos direitos sociais e econômicos, depararam-se as Constituições contemporâneas com a contingência de discipliná-los, como ocorreu com as Constituições mexicana (1917), de Weimar (1919) e brasileira (1934).

Face à atuação estatal no campo econômico, a doutrina passou a cogitar de uma Constituição econômica e de um direito público econômico. Os textos constitucionais passaram, então, a sistematizar uma ordem pública econômica, dando-lhe um fundamento solene e estável.

A Constituição econômica, portanto, é um conjunto de normas constitucionais que têm por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das

2. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 67-71.

relações principais dele decorrentes³. Não se confunde com a Constituição política, mas dela faz parte. Não se lhe impõe, ademais, uniformidade de conteúdo nos diversos sistemas constitucionais, pois uma Constituição econômica, exprimindo uma ordem em cada povo, pode variar de um sistema constitucional para outro, por influência de vários fatores, inclusive dos de índole ideológica.

É a partir da primeira Grande Guerra que o conceito de Constituição econômica toma impulso. Observa Bernard Chenot que

"a guerra de 1914, prolongando-se e revelando novas técnicas militares, obrigou o Estado a tomar em mãos a direção da vida econômica. Esta guerra foi, como se diz, 'uma formidável empresa coletivista'. Pois, com efeito, o governo teve de corrigir os desequilíbrios econômicos que o estado de guerra criou, estabilizando os preços, racionando o consumo dos gêneros alimentícios essenciais, proibindo a exportação de capitais... E mais, depois da guerra, o Estado foi chamado a mobilizar um número sempre crescente de atividades econômicas e a gerir ele próprio importantes empresas..."⁴.

Fatos ulteriores, como a crise do capitalismo em 1929 e a segunda Grande Guerra, somados àquela (primeira Grande Guerra), trouxeram, finalmente, a idéia de Constituição econômica, por meio da qual se pretendeu regular as relações econômicas. Preclaras, a respeito, são as observações de Vital Moreira

"a idéia de constituição econômica tinha precisamente por fim efetivar esses objetivos de reordenação, através, desde logo, do estabelecimento de uma constituição jurídica da economia. Tal como a idéia de constituição começou por ser uma idéia de luta no princípio do século 19, também agora a idéia de constituição econômica se apresentava como um *Kampfbegriff*. Tal como na idéia de constituição se continha a representação de uma nova sociedade e de um novo estado, contra a realidade do ancien régime, também agora na idéia de constituição econômica se continha a negação da ordem econômica liberal a favor da representação de uma nova ordem econômica"⁵.

É, ainda, do eminente autor português a definição de Constituição econômica, para quem se trata de um:

"conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado

3. MARINHO, Josaphat. *Constituição Econômica*. Separata da Revista de Direito Administrativo nº 156/84, p. 4.

4. CHENOT, Bernard. *Organisation Économique de l'État*. 2ª ed., 1965, p. 52.

5. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra, 1979, p. 21-22.

sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta".⁶

Para arrematar, cumpre advertir que a Constituição econômica integra a Constituição política do Estado e a ela se submete. Tem ela – a Constituição econômica – o seu quadro contextual plasmado no todo da Constituição política do Estado, cujos princípios estabelecem as diretrizes para a compreensão das normas constitucionais econômicas. De forma contundente, assevera Manuel Afonso Vaz, no que toca a essa *adequação contextual*, que

"A constituição econômica é, pois, uma parte da constituição política e o seu objeto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A constituição econômica não se pode separar da democracia nem das exigências de um Estado de Direito. A constituição econômica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não, propriamente, da constituição.

Concluindo, diremos que não é a expressão constituição econômica que, de per si, se torna sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queira referir. De resto, a expressão, em si mesma, fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar *os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política*"⁷ (grifado no original).

Constituição econômica, portanto, é a parte da Constituição política, que, sem descurar os princípios por esta adotados, disciplina e cria⁸ a ordem econômica de um Estado, fixando seu papel na edição de normas destinadas a reger o fenômeno econômico, bem como, especificamente, a sua função de ordenador dos mecanismos de mercado.

Seu conteúdo, contudo, não se exaure no texto constitucional. Daí porque se impõe distinguir a Constituição econômica *material* – que, da dicção de Sousa Franco, "integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, quer constem quer não do texto constitucional: máxime, quer seja ou não dotada da particular estabilidade que caracteriza as normas nos textos constitucionais"⁹

6. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra, 1979, p. 41.

7. VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico: a Ordem Econômica Portuguesa*. Almedina, Coimbra, 1990, p. 90-91.

8. Daí a imensa quantidade de *normas programáticas* existentes nas constituições modernas, que têm por fim exatamente reformular a ordem já adotada anteriormente. Por isso mesmo, assevera Vital Moreira que "a característica mais notável das constituições econômicas contemporâneas é o fato de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política econômica, isto é, conterem uma ordem econômica programática, enfim, uma constituição econômica diretiva" (*Economia e Constituição*, p. 117).

9. FRANCO, Antônio L. Sousa. *Noções de Direito da Economia*. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982/1983 p. 93.

– da Constituição econômica *formal* – que, ainda na dicção de Sousa Franco, "compreenderá apenas as normas, tal como acima definidas, que estejam integradas no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características formais: ou outras normas constantes do texto constitucional formal com incidência econômica, ainda que desprovidas, de per si, daquela particular relevância material".

2.2. A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras

A Ordem Econômica brasileira, desde o século passado, refletiu dois importantes pensamentos econômicos, moldados pelas peculiaridades locais: o liberalismo e o intervencionismo.

A Constituição do Império (1824), com efeito, marcou-se pelo estigma do liberalismo, revelando-se este como um movimento que tomou como objetivo defender a liberdade individual, quer no plano *político*, quer no plano *econômico*. Do ponto de vista econômico, a doutrina que veio enfatizar essa corrente de pensamento foi de Adam Smith. Para ele, o equilíbrio econômico sobreviria "numa sociedade onde se permitisse que as coisas seguissem seu curso natural, onde houvesse liberdade perfeita e onde cada homem fosse totalmente livre de escolher a ocupação que quisesse e de a mudar sempre que lhe aprouvesse"¹⁰.

A economia, dentro desse enfoque, era vista como um fenômeno cujas leis são impostas pela natureza. Ao Estado cumpria *apenas* garantir o funcionamento natural dessas leis; a sua proteção deveria limitar-se somente a baldar os embaraços, que pudessem paralisar a marcha normal dos princípios elementares da riqueza. Não era tarefa do Estado conduzir a economia através de leis. Se o fizesse, estaria rompendo o equilíbrio que as forças econômicas da natureza, deixadas ao seu fluxo natural, forçosamente alcançariam.

A Constituição de 1891, não obstante afetada por substancial mudança política, permaneceu inalterada do ponto de vista econômico, mantendo a ideologia que inspirava a ordem econômica reinante. Quer dizer, continuou inspirada no liberalismo econômico. Comprova-o o art. 72, § 17 daquela Constituição:

"O direito de propriedade *mantém-se em toda a sua plenitude*, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

10. SMITH, Adam. *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, vol I, p. 231.

Como corolário desse direito fundamental, ainda de contornos absolutos, continuaram garantidos plenamente a liberdade de indústria e comércio e de contrato.

A Constituição de 1934, rompendo com a ideologia de então, abrigou disposições sociais e econômicas garantidoras do interesse social ou coletivo, definindo um Estado *interventor* na vida sócio-econômica dos brasileiros. Foi a primeira Constituição a fazer constar um título referente à "Ordem Econômica e Social". Já no *preâmbulo* da Constituição, o constituinte acenava com a ruptura, declarando que tinha a intenção de *organizar um regime democrático*, que assegurasse à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social econômico, deixando evidenciada a nova ideologia.

Dentro desse novo contexto, o direito de propriedade individual continua garantido, mas limitado pelo interesse social ou coletivo:

"É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar..."

A Constituição de 34 recebeu forte influência da Constituição de Weimar de 1919, o que pode ser constatado pelo confronto entre o art. 115 daquela Carta com o art. 151 desta última.

"Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conformes os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica." (Constituição brasileira de 1934).

"Art. 151. A vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem. Nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada." (Constituição de Weimar de 1919).

A partir daí, todas as demais Constituições brasileiras pautaram-se pela positivação de uma ordem econômica essencialmente intervencionista, adjetivada pela proteção do interesse coletivo e direcionada para o mesmo fim: realizar a justiça social. Senão vejamos:

Constituição de 1946,

"Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."

Constituição de 1967,

"Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios..."

Emenda Constitucional nº. 01, de 1969,

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios..."

2.3. A Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988

Seguindo a esteira ideológica das Constituições pretéritas (a partir da Constituição de 34, inclusive), a vigente Carta Magna instituiu uma ordem econômica intervencionista, muito embora fundada na liberdade de iniciativa econômica e assegurado o direito de propriedade privada dos meios de produção. Assim, dispõe seu art. 170:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

De efeito, malgrado tenha a Constituição de 1988 consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista – porque instrumentalizou uma ordem econômica apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa econômica privada –, instituiu ela numerosos princípios limitando e condicionando o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida. O primeiro – e de todos o mais importante –, em direção ao qual todos os demais princípios se encaminham e se encontram, está consubstanciado como o próprio fim da ordem econômica: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

A legitimidade da ordem econômica brasileira, portanto, está condicionada à realização daquele fim. Para que esse fim seja alcançado, entretanto, há outros condicionamentos conformadores do processo produtivo, que a Constituição tratou como *princípios gerais da atividade econômica* (art. 170,

I a IX), quais sejam: a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação); a redução das desigualdades regionais e sociais; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Quanto a este último aspecto, a Constituição determinou, no art. 179, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Como modo de garantir uma ordem econômica que assegure a todos existência digna e a efetividade dos princípios da atividade econômica, a Constituição consagrou entre nós um modelo de *Estado intervencionista*, capacitando-o a *intervir na ordem econômica* sempre que necessário ao bem-estar social e à concretização daqueles valores.

A Constituição previu três tipos de intervenção do Estado na economia: 1) a intervenção *direta*; 2) a intervenção *indireta*; e 3) a intervenção mediante a instituição de *monopólios*.

A intervenção *direta* tem fundamento no art. 173 do texto constitucional e ostenta caráter excepcional. Isso porque, na intervenção direta, o Estado se converte em agente econômico ou empresarial e partícipe do processo de produção econômica. Por isso, de acordo com aquele preceito, e ressalvados os casos previstos na Constituição, a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*.

O Estado intervém diretamente na ordem econômica por meio de suas empresas estatais, ou simplesmente estatais, que compreendem a *empresa pública* e a *sociedade de economia mista*. Essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta, das quais se vale o Estado como *instrumentos de ação* para intervir no domínio econômico e *explorar diretamente atividade tipicamente econômica*.

Nessas hipóteses, por operarem no mercado, onde vigem a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram diretamente atividade econômica, submetem-se aos mesmos regimes jurídicos das empresas privadas que atuam nesta área, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis,

comerciais, trabalhistas e tributários, e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado¹¹.

Em conformidade com o art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, somente por lei específica poderá ser *autorizada* a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. E por força do inciso XX do mesmo artigo, depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias da empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada. Não pode, porém, a lei isentar as empresas estatais exploradoras de atividade econômica de obrigação tributária ou dispensá-las do dever de licitar, ainda que seja para contratar com o próprio Estado.

A intervenção *indireta* tem base no art. 174 da Constituição e é a regra no modelo de Estado intervencionista. Na intervenção indireta o Estado atua, não como agente econômico, mas sim como *agente normativo* e *regulador* da atividade econômica. Ele não é partícipe do jogo econômico, mas o *árbitro* desse jogo. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, podendo, inclusive, reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência¹² e ao aumento arbitrário dos lucros. Nesse caso, o Estado está autorizado a regular

11. "É certo, por outro lado, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969. Seu capital é detido integralmente pela União Federal (artigo 6º) e ela goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, "quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concerne a foro, prazos e custas processuais". Leia-se o texto do artigo 12 do decreto-lei. No que concerne às obrigações tributárias, a ela não se aplica o § 2º do art. 173 da Constituição do Brasil, na afirmação de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definitivamente evidente, neste passo, como anotei em outra ocasião, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º do art. 173 da Constituição de 1988 apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito. Não se aplicam àquelas que prestam serviço público, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF 88). Isso me parece inquestionável." (ACO 765-QO, voto do Min. Eros Grau, Informativo 390).

12. Todavia, é necessário advertir que: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área." (SÚM. 646). Vide também: "Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da

a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros¹³. A lei deverá estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

A intervenção por meio de *monopólios* ocorre quando a Constituição, e só ela pode, subtrai determinada atividade econômica da livre iniciativa e a reserva, com exclusividade, à exploração estatal¹⁴. Segundo o art. 177, constituem monopólio da União: (I) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (II) a refinação do petróleo

República (art. 170 e parágrafo, da CF)." (RE 203.909, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-10-97, DJ de 6-2-98).

13. Nesse sentido, STF: "Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QQ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-93, DJ de 30-4-93).
14. Conferir importante julgado do STF: "O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões 'monopólio da propriedade' ou 'monopólio do bem'. (...) A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos — distintos regimes — aplicáveis a cada um deles. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de 'concessionárias'. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil." (ADI 3.273 e ADI 3.366, Rel. p/o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-05, DJ de 2-3-07).

nacional ou estrangeiro; (III) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; (IV) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (V) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

Todavia, permite o § 1º do art. 177 que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 observadas as condições estabelecidas em lei.

2.4. Ordem Econômica, Meio Ambiente e Desenvolvimento sustentável

A Constituição Federal de 1988 *exige* que toda atividade econômica exercida no Estado brasileiro respeite o meio ambiente, buscando, com isso, harmonizar o direito econômico e o direito ambiental, com vistas a um desenvolvimento nacional voltado para uma melhoria da qualidade de vida.

Pois bem, a Constituição de 1988, refletindo uma preocupação mundial, instituiu como princípio conformador da ordem econômica brasileira, pela vez primeira, a *defesa do meio ambiente*, exigindo, com isso, que toda atividade econômica executada no espaço brasileiro mantenha e conserve os recursos naturais, objeto de sua apropriação, dominação e transformação. Trata-se de *princípio constitucional impositivo*¹⁵, que cumpre dupla função, qual seja, de instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. Neste último sentido, assume a feição de *diretriz* (Ronald Dworkin) – *norma objetivo* – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas¹⁶. Some-se a isso a tutela específica dispensada pelo texto constitucional ao meio ambiente (CF/88, art. 225), o que só vem corroborar com essa afirmação. Anote-se, outrossim, que é impossível abordar e imaginar a atividade econômica sem ter os olhos voltados aos preceitos consignados no art. 225 da Carta Magna. A realidade destes preceitos ordenados no

15. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 173: "Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados".

16. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 261.

capítulo do meio ambiente é indissociada dos princípios conformadores da ordem econômica, uma vez que aquele capítulo relativo ao meio ambiente trata de um fator básico da produção econômica: o *fator natureza*. Demais disso, seu fim não discrepa, fundamentalmente, daquele previsto no art. 170.

A Constituição, deveras, só traduziu uma lógica, das mais elementares, consistente no fato de que não se pode pensar em desenvolvimento da atividade econômica sem o *uso adequado* dos recursos naturais, uma vez que esta atividade é dependente do uso do meio ambiente, sendo de considerar que inexistente atividade econômica sem influência no meio ambiente. E a manutenção das bases naturais da vida é essencial à continuidade da atividade econômica. Este relacionamento da atividade humana com o seu meio deve ser realizado de tal modo que assegure a todos existência digna, fim da ordem econômica brasileira. E existência digna, em termos de proteção do meio ambiente, é aquela obtida quando os fatores ambientais contribuem para o bem-estar físico e psíquico do ser humano. Essa imposição constitucional, conformadora da atividade econômica à defesa do meio ambiente, não visa outra coisa senão a elaboração de políticas públicas destinadas à efetivação de um *desenvolvimento econômico sustentável* que, no contexto da Constituição, está diretamente relacionada, além da proteção do fator capital (livre iniciativa) e do fator trabalho (valorização do trabalho humano), à manutenção do fator natureza da produção (defesa do meio ambiente). A consideração conjunta destes três fatores – *capital, trabalho e meio ambiente* – garante, seguramente, a possibilidade de atingir os fins requestados pela ordem econômica constitucional: *assegurar a todos existência digna*, proporcionando uma melhoria da qualidade de vida da população.

Assim, bem se vê que, inobstante uma economia baseada no mercado, o processo econômico brasileiro, tal como delineado no texto da Carta da República de 1988, impõe a concreção de uma “economia social de mercado”, de modo a privilegiar, não só a liberdade de iniciativa econômica privada, mas também aos princípios da igualdade e fraternidade, garantidores da diminuição das desigualdades sociais, da valorização do trabalho humano, dignidade humana e justiça social. E, hodiernamente, no que concerne especificamente à defesa do meio ambiente, como novel princípio conformador da atividade econômica, alguns autores alemães, a exemplo de Stober, Reh-binder e Kloepfer, defendem o uso da expressão “economia ecológica social de mercado” (*ökologisch sozial Marktwirtschaft*), objetivando a integração dos componentes ecológicos na ordem da economia social de mercado. Quer dizer, se em face dos princípios da igualdade e fraternidade, acima apontados, temos uma economia social de mercado, a assegurar aqueles valores (dignidade humana, justiça social, trabalho humano, etc.), agora, em face do

princípio da defesa do meio ambiente, teremos uma economia ecológica social de mercado, segundo aqueles autores, a garantir o uso racional dos recursos ambientais. Stober aponta os seguintes tópicos para a orientação de uma economia de mercado compatível com a proteção dos recursos naturais:

– *precaução contra os danos ecológicos*: Orientar uma prática econômica que tenha como pressuposto uma atitude de precaução concentrada numa prática de avaliação e planejamento, de modo a garantir a integridade do ambiente onde necessariamente terá de influir;

– *efetividade ecológica*: A avaliação e o planejamento devem ser de tal forma realizados, de modo a trazer um verdadeiro efeito positivo ao equilíbrio dos ambientes naturais e uma melhora efetiva da qualidade de vida da sociedade. Deve-se garantir que as práticas isoladas revertam num resultado único positivo. Não é a simples instalação de um filtro numa fábrica que garantirá a efetividade ecológica. Numa primeira apreciação, um dano ecológico está sendo evitado ou minimizado pelo fato da empresa “X” não contribuir com o acréscimo de determinada substância na atmosfera. No entanto, se isto não for seguido pelas empresas vizinhas, ou se, em contrapartida, for produzida uma nova forma de poluição, não haverá *efetividade ecológica* na medida adotada;

– *reversibilidade e flexibilidade*: Os danos que eventualmente ocorram, ou os prejuízos advindos ao ambiente pela prática econômica, devem ser reversíveis, ou seja, passíveis de reparação;

– *praticabilidade*: É indispensável, ao início de determinadas atividades econômicas, uma avaliação de custo-benefício social, onde se relaciona o grau de impacto ambiental de uma atividade com os seus benefícios sociais, trazendo à discussão a própria necessidade e utilidade social de uma determinada prática econômica;

– *eficiência econômica*: Os custos das atitudes preventivas e minimizadoras de impactos ambientais não devem retirar da atividade a sua lucratividade;

– *conformidade ao sistema*: Todas as medidas a serem adotadas não devem levar a uma modificação estrutural do sistema de produção capitalista;

– *justiça distributiva (para as presentes e futuras gerações)*: A proteção dos recursos naturais é indissociável e, mesmo, é parte integrante do objetivo de bem-estar dos integrantes de uma sociedade. As vantagens advindas com a modificação do modo de agir das atividades econômicas devem aproveitar a todos. Os benefícios sociais devem ser justamente distribuídos”¹⁷.

Tais tópicos, de ver-se, constituem o alicerce de sustentação do novo edifício do desenvolvimento econômico, compatível com o princípio da defesa do meio ambiente insculpido no inciso VI do art. 170 da Constituição Federal de 1988 e com o capítulo do meio ambiente embutido no Título VIII da

17. STÖBER, Rolf. *Handbuch des Wirtschafts – Verwaltungs – und Umweltrechts*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, p. 87. No mesmo sentido, DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, p. 242/243.

referida Carta. Entrementes, para a factibilidade destes tópicos, imperiosa uma produção normativa com eles compatível e a implementação de políticas públicas destinadas a um *gerenciamento administrativo da atividade econômica*.

Advirta-se, desde logo, acerca da distinção entre o qualitativo – o *desenvolvimento* – e o quantitativo – o *crescimento econômico*. A idéia de *desenvolvimento* está ligada à *mudança*. Mudança de técnicas de produção, de ser e de agir, de valores culturais e morais. Já a idéia de *crescimento* é, essencialmente, *quantitativa*. É o aumento dos indicadores, das quantidades de produção (ex.: aumento – quantitativo – da safra de grãos). Destarte, ao contrário do crescimento econômico,

“a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento”¹⁸

A Constituição de 1988, sem dúvida, agasalha a teoria do desenvolvimento econômico sustentável, ao consagrar como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente e ao estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida e vital para as presentes e futuras gerações.

A idéia de desenvolvimento sustentável foi apresentada, inicialmente, como um princípio diretor para o planejamento do desenvolvimento econômico pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (World Commission on Environment and Development – WCED), em documento elaborado sobre estratégias do desenvolvimento em 1987. Consoante este documento, o desenvolvimento é sustentável quando satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das futuras gerações em satisfazer suas próprias necessidades. Ainda na conformidade deste documento, “mesmo no sentido mais estreito do termo, o desenvolvimento sustentado pressupõe uma preocupação de equidade social entre as gerações, preocupação que deve estar presente, logicamente, numa mesma geração”.

Em um estudo de alternativas para o desenvolvimento e o meio ambiente, solicitado pela Assembleia Geral da ONU, em 1983, foi elaborado o

18. GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 238/239.

denominado “informe Brundtland”, em o qual consta a seguinte definição, que mereceu consagração geral:

“o desenvolvimento sustentável pretende satisfazer as necessidades do presente sem comprometer os recursos equivalentes de que farão uso no futuro outras gerações”¹⁹.

A necessidade da factibilidade de um desenvolvimento econômico sustentável reside exatamente na constatação da impossibilidade de continuidade do desenvolvimento econômico nos moldes até então empreendidos, por acarretarem um acelerado e, não raro, irreversível decrescimento dos recursos ambientais. Quer dizer, “no fundo do debate está a questão se o mundo pode suportar um crescimento econômico ilimitado, uma intervenção ilimitada e inopinada do homem na natureza, ao lado de um crescimento exponencial da população humana e uma ampliação irrefreada da esfera de suas necessidades, até os níveis luxuriosos das ‘sociedades do desperdício’ ”²⁰. Reconhecendo que a sustentabilidade é condição indispensável para o crescimento econômico, David W. Pearce²¹ declara que o estoque do “capital natural” deve, no mínimo, ser mantido constante (e preferencialmente aumentado) enquanto a economia possa cumprir os objetivos de satisfação social.

A teoria do desenvolvimento sustentável reclama uma ação responsável na exploração e no manejo correto dos recursos ambientais, de modo a permitir, também naturalmente, a recomposição dos elementos utilizados. Daí se conclui, com Rehbinder²², que a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos renováveis. Para com os recursos não renováveis ou para atividades capazes de produzir danos irreversíveis este princípio não se aplica.

Desenvolvimento sustentável, na precisa dicção de Ramón Martín Mateo²³, é um processo pelo qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais se harmonizam e coordenam a fim de que nosso potencial atual e futuro satisfaça as necessidades e aspirações humanas.

Mas não é só. A implementação do desenvolvimento sustentável requer – além de uma interação dos valores sociais, onde se relacionam interesses particulares de lucro e interesses de bem-estar coletivo – uma justa distribuição de riqueza, nos países e entre os países. Se o desenvolvimento não

19. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, p. 7.

20. ANDALUZ, A. *Derecho Ambiental – Propostas e Ensaíos*, p. 216.

21. PEARCE, David W. *apud* Franco Archibugi et al, *The Challenge of Sustainable Development*, p. 3.

22. REHBINDER, Eckard. *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, p.

23. MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*, p. 384/385.

elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça às necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável.

Em pelo menos onze, dos vinte e sete Princípios da Declaração do Rio de Janeiro/92 – a ECO-92 –, encontramos a utilização do conceito de desenvolvimento sustentável. Em seu Princípio nº 3 está dito que: *O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras.*

Destarte, concluindo com José Afonso da Silva, desenvolvimento sustentável “consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”²⁴, podendo também ser empregado com o significado de “melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas”²⁵.

Ainda, é preciso repisar que “a humanidade precisa viver dentro da capacidade de suporte do Planeta Terra. Não existe nenhuma outra opção a longo prazo. Se não utilizarmos as reservas da Terra de maneira sustentável e prudente, estaremos negando um futuro à humanidade. Temos a obrigação de adotar modos de vida e caminho de desenvolvimento que respeitem e funcionem dentro dos limites da natureza. Podemos realizar isso sem rejeitar os muitos benefícios trazidos pela moderna tecnologia, desde que a própria tecnologia funcione dentro desses limites. Devido a nossa maneira atual de viver, nossas civilizações correm risco. Os 5,3 bilhões de pessoas vivas hoje, sobretudo 1 bilhão nos países mais abastados, estão fazendo mau uso dos recursos naturais e sobrecarregando seriamente os ecossistemas da Terra. A população mundial pode dobrar em 60 anos, mas a Terra não terá capacidade para sustentar a todos, a não ser que haja menos desperdício e extravagância e que se faça uma aliança mais aberta e igualitária entre ricos e pobres. Mesmo assim, a possibilidade de uma vida satisfatória para todos é remota, a menos que as taxas atuais de aumento populacional sejam drasticamente reduzidas. Esta nova abordagem precisa atender a duas exigências fundamentais. Primeiro, é necessário assegurar um amplo e profundo compromisso com uma nova ética sustentável e traduzir na prática os seus princípios. Em segundo lugar, integrar conservação e desenvolvimento:

24. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 7-8.

25. Cf. “Cuidando do Planeta Terra (Uma Estratégia para o Futuro da Vida)”, São Paulo, publicação conjunta de UICN – União Internacional para Conservação da Natureza, PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e WWF – Fundo Mundial para Natureza, 1991, p. 10.

a conservação para limitar as nossas atitudes à capacidade da Terra, e o desenvolvimento para permitir que as pessoas possam levar vidas longas, saudáveis e plenas em todos os lugares”²⁶.

A concepção do desenvolvimento sustentável, pois, tem em vista exatamente isto, quer dizer, a tentativa de *conciliar* a preservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos naturais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões e milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis²⁷.

Todavia, a festejada teoria do desenvolvimento sustentável, como tradução do ideal de uso parcimonioso dos recursos ambientais, exaurir-se-á num idealismo pouco factível, se não for concretizado um trabalho de discussão política de prioridades, até então inexistente, calcado em valores e princípios juridicamente garantidos, capaz de erigir um relacionamento concreto menos auto-destrutivo do homem com o homem e com a natureza.

O princípio da defesa do meio ambiente na ordem constitucional econômica tem influência marcante e decisiva, como não poderia deixar de ser, no conceito de propriedade produtiva e, por consequência, no conceito de função social da propriedade, para compreender uma função ambiental da propriedade privada dos meios de produção.

2.5. Da Política Urbana

Conforme o art. 182 da Constituição, a política de desenvolvimento urbano é de responsabilidade do Município, que deve executá-la conforme diretrizes gerais fixadas em lei federal²⁸. Tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O instrumento básico do qual se vale o Município para a execução da política de desenvolvimento e de expansão urbana é chamado de *plano diretor*, que deve ser aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. O plano diretor é o instrumento que reúne as diretrizes básicas do desenvolvimento da cidade e que define os objetivos a serem alcançados, estabelecendo as regras sobre zoneamento,

26. “Cuidando do Planeta Terra (Sumário)”, *cit.*, p.3.

27. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 15/16.

28. “Art. 21. Compete à União: (...)XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”

edificação, sistema viário, delimitação de área verde e outras matérias atinentes à ordenação da cidade e ao bem-estar dos moradores.

O desenvolvimento e expansão social da cidade e o bem-estar de seus habitantes depende basicamente do cumprimento da função social da propriedade urbana, que se verifica quando esta atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Por isso mesmo, a Constituição faculta ao Município, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, *sucessivamente*, de: (I) parcelamento ou edificação *compulsórios*; (II) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana *progressivo* no tempo; e (III) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

No art. 183, a Constituição ainda previu um tipo de *usucapião pró-moradia* (usucapião especial urbano) em benefício de quem possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos²⁹, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirindo o seu domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

A Lei nº 10.257/2001, ademais, disciplinou sobre a *usucapião especial urbana coletiva* de áreas urbanas com *mais* de duzentos e cinquenta metros quadrados. Com efeito, de acordo com o seu art. 10, as áreas urbanas com *mais* de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem *usucapidas coletivamente*, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro

29. Contados a partir da promulgação da CF/88. Conferir: "Usucapião especial (CF, art. 183): firmou-se a jurisprudência do STF, a partir do julgamento do RE 145.004 (Gallotti, DJ de 13-2-1997), no sentido de que o tempo de posse anterior a 5-10-1988 não se inclui na contagem do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 183 CF (vg. RE 206.659, Galvão, DJ de 6-2-1998; RE 191.603, Marco Aurélio, DJ de 28-8-1998; RE 187.913, Néri, DJ de 22-5-1998; RE 214.851, Moreira Alves, DJ de 8-5-1998.)" (RE 217.414, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-12-1998, Primeira Turma, DJ de 26-3-1999).

de imóveis. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. Podem propor a ação de usucapião especial urbana: o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; os possuidores, em estado de composses; como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

Todavia, nos termos do § 3º do art. 183, os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião.

2.5.1. Desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana

Cuida-se de modalidade de desapropriação prevista no art. 182, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, como *desapropriação-sanção*, cujo alvo é o *imóvel urbano que não esteja cumprindo sua função social* e, em consequência, não esteja atendendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Nos termos do art. 182, § 4º, inciso III, somente o Município pode proceder a essa desapropriação, como instrumento de política urbana. É uma forma de sanção àquele que não estiver aproveitando adequadamente o solo urbano de que é proprietário. Desse modo, é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do *solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado*, que promova seu *adequado aproveitamento*, sob pena, *sucessivamente*, de:

- I – parcelamento ou edificação compulsórios;
- II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III – *desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública* de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

De observar-se que a desapropriação em tela, como modo de punir o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não promoveu o seu adequado aproveitamento, é medida que só pode ser aplicada após a tomada de providências preliminares consistentes, em

primeiro lugar, no parcelamento ou edificação compulsórios do solo e, em segundo, na exigência de IPTU com alíquota progressiva urbana.

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como o *Estatuto da Cidade*, regulou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e disciplinou a desapropriação em comento como instrumento jurídico de política urbana.

Em conformidade com o seu art. 5º, *lei municipal específica* para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. Estes prazos não poderão ser inferiores a um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente e a dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento. O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

Todavia, por força do art. 7º, em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos para o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o art. 5º da Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação.

Finalmente, decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Assim, a desapropriação-sanção por descumprimento da função social da propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada só pode ser empregada quando as medidas do parcelamento ou edificação compulsórios e do IPTU progressivo não forem suficientes para compelir o proprietário do solo urbano ao seu adequado aproveitamento, circunstância que torna o instituto da desapropriação um instrumento subsidiário e de rara ocorrência.

Ao processo de desapropriação, em razão do silêncio da Lei 10.257/2001, aplica-se o Decreto-lei nº 3.365/41.

2.6. Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária

De acordo com a Constituição, a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: (I) os instrumentos creditícios e fiscais; (II) os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; (III) o incentivo à pesquisa e à tecnologia; (IV) a assistência técnica e extensão rural; (V) o seguro agrícola; (VI) o cooperativismo; (VII) a eletrificação rural e irrigação; e (VIII) a habitação para o trabalhador rural (art. 187).

Ademais, incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

As ações governamentais de política agrícola e de reforma agrária devem ser compatibilizadas.

Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

No art. 191, a Constituição também previu um tipo de *usucapião pró-moradia* (usucapião especial rural) em favor de quem, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, hipótese em que adquirirá a sua propriedade.

2.6.1. Desapropriação para fins de reforma agrária

Essa modalidade de desapropriação está prevista no art. 184 da Constituição Federal, como *desapropriação-sanção*, cujo alvo é o *imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social*.

Em conformidade com o art. 184 da CF é da competência privativa da União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Contudo, as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro (art. 184, § 1º).

O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. A desapropriação é executada – *amigável ou judicialmente* – pelo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária* – INCRA, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Agricultura, criada pelo Decreto-lei nº 1.110, de 09 de julho de 1970 e executor da reforma agrária no país.

Por força do § 5º do art. 184 da CF, são isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. Segundo o STF, a isenção de tributos de que trata o § 5º do artigo 184 da Constituição Federal, deferida às operações relativas às transferências de imóveis desapropriados, há de ser entendida como *imunidade* e tem por fim não onerar o procedimento expropriatório ou dificultar a realização da reforma agrária, de competência exclusiva da União. Ademais, os títulos da dívida agrária constituem moeda de pagamento da justa indenização devida pela desapropriação de imóveis por interesse social e, dado o seu caráter indenizatório, não podem ser tributados. Todavia, terceiro adquirente de títulos da dívida agrária não goza da referida imunidade, uma vez que o benefício alcança tão-somente o expropriado. O terceiro adquirente, que com ele realiza ato mercantil, em negócio estranho à reforma agrária, não é destinatário da norma constitucional (RE 168.110, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 4-4-00, DJ de 19-5-00).

Segundo o art. 186 da Constituição, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Todavia, a desapropriação para fins de reforma agrária *não atinge a pequena e média propriedade rural*, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, nem a *propriedade produtiva*, em face da *cláusula de inexpropriabilidade* fundada no art. 185 da Constituição, ainda que não cumpram a função social nos moldes do art. 186³⁰.

30. Nesse sentido, STF, MS 23006/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 29-08-2003 PP-00021: "MANDADO DE SEGURANÇA - REFORMA AGRÁRIA - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184, CAPUT) - MÉDIA PROPRIEDADE RURAL (CF, ART. 185, I) - ÁREA QUE RESULTOU DE DOAÇÃO CELEBRADA EM MOMENTO QUE PRECEDEU TANTO A EDIÇÃO DA MP 1.577/97 (REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP 2.183-56/2001) COMO A PUBLICAÇÃO DO ATO PRESIDENCIAL QUESTIONADO - INEXPROPRIABILIDADE DO IMÓVEL RURAL EM QUESTÃO - FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO À REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI Nº 8.629/93, ART.

A Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, sobre o conceito de pequena e média propriedade rural e de propriedade produtiva.

Já a Lei Complementar nº 76/93 dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Em conformidade com ela, a ação de desapropriação deverá ser proposta dentro do prazo de dois anos, contado da publicação do decreto declaratório. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterà a *oferta do preço e será instruída com os seguintes documentos*: (a) texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União; (b) certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel; (c) documento cadastral do imóvel; (d) laudo de vistoria e avaliação administrativa, que conterà, necessariamente: (d1) descrição do imóvel, por meio de suas plantas geral e de situação, e memorial descritivo da área objeto da ação, (d2) relação das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, das culturas e pastos naturais e artificiais, da cobertura florestal, seja natural ou decorrente de florestamento ou reflorestamento, e dos semoventes, e (d3) discriminadamente, os valores de avaliação da terra nua e das benfeitorias indenizáveis; (e) comprovante de lançamento dos Títulos da Dívida Agrária correspondente ao valor ofertado para pagamento de terra nua; (f) comprovante de depósito em banco oficial, ou outro estabelecimento no caso de inexistência de agência na localidade, à disposição do juízo, correspondente ao valor ofertado para pagamento das benfeitorias úteis e necessárias.

2º, § 2º) - OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5º, LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. A PEQUENA E A MÉDIA PROPRIEDADES RURAIS, EM TEMA DE REFORMA AGRÁRIA, SÃO CONSTITUCIONALMENTE INSUSCETÍVEIS DA DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 184 DA CARTA POLÍTICA. - A pequena e a média propriedades rurais, cujas dimensões físicas ajustem-se aos parâmetros fixados em sede legal (Lei nº 8.629/93, art. 4º, II e III), não estão sujeitas, em tema de reforma agrária (CF, art. 184), ao poder expropriatório da União Federal, em face da cláusula de inexpropriabilidade fundada no art. 185, I, da Constituição da República, desde que o proprietário de tais prédios rústicos - sejam eles produtivos ou não - não possua outra propriedade rural. A prova negativa do domínio, para os fins do art. 185, I, da Constituição, não incumbe ao proprietário que sofre a ação expropriatória da União Federal, pois o "onus probandi", em tal situação, compete ao poder expropriante, que dispõe, para esse efeito, de amplo acervo informativo resultante dos dados constantes do Sistema Nacional de Cadastro Rural. Precedente. A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL, EM TEMA DE REFORMA AGRÁRIA, TRADUZ EXIGÊNCIA IMPOSTA PELA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - A vistoria administrativa do imóvel rural, na fase preliminar do procedimento expropriatório instaurado para fins de reforma agrária, deve ser precedida de notificação pessoal, dirigida ao proprietário rural, sob pena de desrespeito à cláusula constitucional do "due process of law", cuja inobservância afeta a própria declaração expropriatória, invalidando-a desde o momento em que formalmente veiculada em decreto presidencial. Precedentes."

O juiz, ao despachar a petição inicial, de plano ou no prazo máximo de quarenta e oito horas: I – mandará imitar o autor na posse do imóvel; II – determinará a citação do expropriando para contestar o pedido e indicar assistente técnico, se quiser; e III – expedirá mandado ordenando a averbação do ajuizamento da ação no registro do imóvel expropriando, para conhecimento de terceiros.

Inexistindo dúvida acerca do domínio, ou de algum direito real sobre o bem, ou sobre os direitos dos titulares do domínio útil, e do domínio direto, em caso de enfiteuse ou aforamento, ou, ainda, inexistindo divisão, hipótese em que o valor da indenização ficará depositado à disposição do juízo enquanto os interessados não resolverem seus conflitos em ações próprias, poderá o expropriando requerer o levantamento de oitenta por cento da indenização depositada, quitado os tributos e publicados os editais, para conhecimento de terceiros, a expensas do expropriante, duas vezes na imprensa local e uma na oficial, decorrido o prazo de trinta dias.

No curso da ação poderá o Juiz designar, com o objetivo de fixar a prévia e justa indenização, audiência de conciliação, que será realizada nos dez primeiros dias a contar da citação, e na qual deverão estar presentes o autor, o réu e o Ministério Público. As partes ou seus representantes legais serão intimadas via postal. Aberta a audiência, o Juiz ouvirá as partes e o Ministério Público, propondo a conciliação. Se houver acordo, lavrar-se-á o respectivo termo, que será assinado pelas partes e pelo Ministério Público ou seus representantes legais. Integralizado o valor acordado, nos dez dias úteis subsequentes ao pactuado, o Juiz expedirá mandado ao registro imobiliário, determinando a matrícula do bem expropriado em nome do expropriante.

A citação do expropriando será feita na pessoa do proprietário do bem, ou de seu representante legal, obedecido o disposto no art. 12 do Código de Processo Civil.

A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado. Recebida a contestação, o juiz, se for o caso, determinará a realização de prova pericial, adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, a que se refere o art. 5º, inciso IV, daquela LC, e, simultaneamente: I – designará o perito do juízo; II – formulará os quesitos que julgar necessários; III – intimará o perito e os assistentes para prestar compromisso, no prazo de cinco dias; IV – intimará as partes para apresentar quesitos, no prazo de dez dias. A prova pericial será concluída no prazo fixado pelo juiz, não excedente a sessenta dias, contado da data do compromisso do perito.

Havendo acordo sobre o preço, este será homologado por sentença. Não havendo acordo, o valor que vier a ser acrescido ao depósito inicial por força de laudo pericial acolhido pelo Juiz será depositado em espécie para as benfeitorias, juntado aos autos o comprovante de lançamento de Títulos da Dívida Agrária para terra nua, como integralização dos valores ofertados.

Ao fixar o valor da indenização, o juiz considerará, além dos laudos periciais, outros meios objetivos de convencimento, inclusive a pesquisa de mercado. O valor da indenização corresponderá ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento. Na sentença, o juiz individualizará o valor do imóvel, de suas benfeitorias e dos demais componentes do valor da indenização.

Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado e, em ambos os efeitos, quando interposta pelo expropriante. A sentença que condenar o expropriante, em quantia superior a cinquenta por cento sobre o valor oferecido na inicial, fica sujeita a duplo grau de jurisdição.

O valor da indenização, estabelecido por sentença, deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e, em Títulos da Dívida Agrária, para a terra nua. Em caso de reforma de sentença, com o aumento do valor da indenização, o expropriante será intimado a depositar a diferença, no prazo de quinze dias.

A pedido do expropriado, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito judicial, deduzidos o valor de tributos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante.

Efetuada ou não o levantamento, ainda que parcial, da indenização ou do depósito judicial, será expedido em favor do expropriante, no prazo de quarenta e oito horas, mandado translativo do domínio para o Cartório do Registro de Imóveis competente, sob a forma e para os efeitos da Lei de Registros Públicos. O registro da propriedade nos cartórios competentes far-se-á no prazo improrrogável de três dias, contado da data da apresentação do mandado.

As ações concernentes à desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, têm caráter preferencial e prejudicial em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriando, e independem do pagamento de preparo ou de emolumentos. Qualquer ação que tenha por objeto o bem expropriando será distribuída, por dependência, à Vara

Federal onde tiver curso a ação de desapropriação, determinando-se a pronta intervenção da União.

O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância.

As despesas judiciais e os honorários do advogado e do perito constituem encargos do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido. Os honorários do advogado do expropriado serão fixados em até vinte por cento sobre a diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização.

Os imóveis rurais desapropriados, uma vez registrados em nome do expropriante, não poderão ser objeto de ação reivindicatória.

3. DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O sistema financeiro nacional consiste num conjunto de normas que disciplinam as instituições financeiras (públicas e privadas), compreendendo os estabelecimentos de seguro, previdência (privada) e capitalização, e as atividades por elas desenvolvidas.

Na versão original, a Constituição previa a necessidade de o sistema financeiro nacional ser regulado por lei complementar à qual se impôs uma série de exigências, entre as quais dispor sobre a autorização para funcionamento das instituições financeiras; dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência (privada) e capitalização; organização, funcionamento e atribuições do banco central; requisitos para designação dos diretores do banco central; criação de fundo ou seguro com o objetivo de proteger a economia popular e até sobre tabelamento de taxa de juros (12% ao ano).

O art. 192 era constituído pelo *caput* e mais oito incisos e três parágrafos.

A EC nº. 40/03, entretanto, deu nova redação ao *caput* e revogou todos os incisos e parágrafos, inclusive o polêmico § 3º que havia fixado a taxa máxima de juros anuais em 12%³¹.

Desse modo, presentemente a Constituição dispõe do sistema financeiro nacional para declarar apenas que será estruturado de forma a promover o

desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, e que será regulado por *leis complementares* que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Deixou, assim, que leis complementares tratassem de todo o assunto concernente ao sistema financeiro nacional, condicionada essa regulamentação apenas: 1) ao *fim* do sistema financeiro nacional, que é promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade; 2) a *abranger* as cooperativas de crédito; e 3) a dispor sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

31. A propósito, existia até súmula do STF a respeito: "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar." (SÚM. 648).

DA ORDEM SOCIAL

Sumário • 1. Considerações gerais – 2. Objetivos – 3. Da seguridade social: 3.1. Saúde; 3.2. Previdência social; 3.3. Assistência social – 4. Da Educação, da Cultura e do Desporto – 5. Da Ciência e Tecnologia – 6. Da Comunicação Social – 7. Do Meio Ambiente – 8. Da Família, da Criança, do Adolescente, do jovem e do Idoso – 9. Dos Índios.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A constitucionalização da ordem social foi obra do constitucionalismo social do final da Primeira Grande Guerra mundial, motivada pela necessidade de *redefinição* do papel do Estado e de sua transformação em instrumento garantidor do bem-estar social e da justiça social.

No Brasil, a primeira Constituição a dispor da ordem social foi a Constituição de 1934, que fundou, entre nós, o moderno Estado social. Sob significativa influência da Constituição de Weimar de 1919, ela criou um título (Título IV) “Da Ordem Econômica e Social”, com 29 artigos, e um título (Título V) “Da Família, da Educação e da Cultura”, subdividido em dois capítulos (Capítulo I – “Da Família” e Capítulo II – “Da Educação e da Cultura”), com 15 artigos. A influência alemã foi tão grande a ponto do saudoso mestre baiano Josaphat Marinho¹ haver afirmado que o Brasil sofreu um “sopro de socialização”. Esse sopro de socialização perdurou nas Constituições seguintes, notadamente nas de 1946 e de 1988.

A Constituição de 1988 reservou integralmente um título (título VIII) à disciplina da ordem social, que compreende um conjunto de normas sobre a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social); a educação, cultura e desporto; a ciência e tecnologia; a comunicação social; ao meio ambiente; a família, criança, adolescente, jovem e idoso; e ao índio.

2. OBJETIVOS

A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo declarado o *bem-estar* e a *justiça sociais*. Daí se vê que a Constituição de 1988 proclama o seu compromisso ideológico de combinar aspectos da democracia liberal (direitos individuais e liberalismo econômico) com a democracia social (socialismo).

1. *A Constituição de 1934*, Revista de Informação Legislativa, n. 94, pp. 17-28, abr./jun. 1987.

3. DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social compreende um *conjunto integrado* de ações e serviços de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a *assegurar* os direitos relativos à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social*.

A preocupação central da seguridade social é estabelecer um sistema de *proteção social* às pessoas em face de eventuais ocorrências que possam impedi-las de prover as suas necessidades básicas e de suas famílias². Tem por princípios constitucionais os seguintes:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Pelo princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento*, a seguridade social deve compreender o maior número de situações de risco social e de pessoas, abrangendo, assim, todos os indivíduos que dela necessitam (universalidade subjetiva) e todas as contingências (universalidade objetiva). Quer dizer, a universalidade da cobertura consiste na exigência de que a seguridade abarque todos os riscos sociais (velhice, doença, morte, etc), enquanto a universalidade do atendimento impõe que todas as pessoas, nacionais e estrangeiras, sejam contempladas com as prestações sociais.

Pelo princípio da *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*, pretende-se dispensar uma proteção social isonômica entre as pessoas que vivem na cidade (especialmente os

trabalhadores urbanos) e as que vivem na zona rural (especialmente os trabalhadores rurais). Mas é importante ressaltar que a Constituição oferece um tratamento especial aos trabalhadores rurais, considerando-os segurados especiais, para efeito de reduzir as suas idades (no caso de aposentadoria por idade, a redução é de cinco anos) e afastar o caráter contributivo de sua previdência (bastando que o trabalhador rural comprove efetiva atividade rural durante determinado tempo de carência).

Pelo princípio da *seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços*, busca-se atender com prioridade as pessoas mais necessitadas (distributividade), através de prestações sociais previamente delimitadas (seletividade), acolhendo os menos carentes em conformidade com as disponibilidades econômico-financeiras do sistema. Nesse caso, deve o legislador identificar as necessidades sociais e fixar os critérios legais para distribuição dos benefícios e serviços sociais àqueles mais carentes.

Pelo princípio da *irredutibilidade do valor dos benefícios*, a Constituição pretendeu preservar o poder aquisitivo dos segurados e de seus dependentes. Para a efetivação deste princípio, cumpre ao legislador garantir o valor nominal dos benefícios sociais, impedindo a sua redução. Porém, em relação aos benefícios previdenciários, além da garantia da irredutibilidade do valor nominal, o § 4º do art. 201 da Constituição Federal assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que a Constituição Federal assegurou tão-somente o direito ao reajuste do benefício previdenciário, atribuindo ao legislador ordinário a fixação de critérios para a preservação de seu valor real, o que foi implementado pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91 (STF, RE 459.794, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/09/2005).

Pelo princípio da *equidade na forma de participação no custeio*, aplicável apenas à previdência social, o segurado deve contribuir com o custeio do sistema em conformidade com a sua capacidade contributiva. Assim, quem tem maior renda, deve contribuir mais para o sistema.

Pelo princípio da *diversidade da base de financiamento*, a Constituição permitiu a instituição de inúmeras fontes de financiamento da seguridade social. Por isso mesmo, e em conformidade com o art. 195, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

2. Sobre o tema, conferir: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 18ª edição, São Paulo, Atlas, 2002; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª edição, São Paulo, LTR, 2001; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002.

- I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; e c) o lucro;
- II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III – sobre a receita de concursos de prognósticos (loterias); e
- IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Além dessas fontes de custeio (contribuições sociais), a lei poderá instituir outras destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I (ou seja, mediante *lei complementar*, e desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios das discriminadas na Constituição). Isso porque, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Trata-se do princípio da contrapartida.

Tais contribuições sociais só poderão ser exigidas *após decorridos noventa dias* da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado (conhecido como princípio da anterioridade nonagesimal), não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b”.

É imperioso destacar, outrossim, o princípio da *solidariedade social*. Conquanto não expreso no art. 194 da Constituição, constitui o princípio em tela um dos objetivos do Estado brasileiro (art. 3º, I). Sem dúvida que a solidariedade social é um relevante princípio que fundamenta e orienta toda a seguridade social, em razão da simples constatação de que a formação de um sistema de proteção social somente logra êxito numa sociedade na qual as pessoas participem e possam contribuir, direta e indiretamente, para o auxílio e prevenção de todos.

3.1. Saúde

Como já estudado no capítulo concernente aos direitos sociais, a Constituição consagra a *saúde como direito fundamental*, que deve ser garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por constituir direito fundamental, o Estado tem a obrigação constitucional de disponibilizar as ações e prestar todos os serviços necessários para garantir a saúde de todos, notadamente das pessoas hipossuficientes. Na hipótese de frustração desse direito, por omissão do poder público na implementação de políticas sociais e econômicas, qualquer pessoa pode acionar judicialmente o Estado visando a efetivação desse importante direito de cunho social. Nesse sentido vem proclamando a jurisprudência dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal³.

As ações e serviços de saúde são de *relevância pública*, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A Lei nº 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulando, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

As ações e serviços públicos de saúde *integram uma rede regionalizada e hierarquizada* e constituem um *sistema único* (conhecido como SUS), organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (I) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (III) participação da comunidade. O sistema único de saúde será financiado, nos termos dos arts. 195 e 198, § 1º da Constituição, com recursos do orçamento

3. “Cumpra assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.” (STA 175-Agr, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010). Na doutrina, conferir a excelente obra de GLOBEKNER, Osmir Antônio. *A Saúde entre o Público e o Privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes⁴. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (I) no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar; (II) no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (III) no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

A assistência à saúde é *livre à iniciativa privada* (art. 199). As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Todavia, é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. Também é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (I) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias

4. Eis uma importante decisão do STF que confirma a sua jurisprudência no sentido de que a responsabilidade pela prestação de ações e serviços de saúde é **solidária** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: "O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. (...) Além disso, a agravante, reiterando os fundamentos da inicial, aponta, de forma genérica, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa da União e provoca desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que são do Estado e do Município. Contudo, a decisão agravada deixou claro que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde. Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, **é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária**. No RE 195.192-3/RS, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (...) Assim, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal 8.080/1990 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública." (STA 175-AgR, voto do Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010).

de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (II) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; (III) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; (IV) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (V) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; (VI) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; (VII) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; (VIII) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

3.2. Previdência social

A previdência social, como já examinado, é conquista consagrada com o advento das Constituições sociais e consolidada a partir da implantação do Estado social. Manifesta-se como um direito fundamental social que assegura aos seus beneficiários, mediante pagamento de determinada contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, através de certos benefícios como, por exemplo, as *aposentadorias*, os *auxílios* doença ou acidente ou reclusão, os *salários* maternidade ou família e a *pensão por morte*.

A previdência social consiste num conjunto de ações e serviços públicos destinados a atender, nos termos da lei, a: (I) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (II) proteção à maternidade, especialmente à gestante; (III) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (IV) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (V) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

De acordo com o art. 201 da Constituição, a previdência será organizada sob a forma de *regime geral* (RGPS), de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o regime jurídico-previdenciário aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada. Nada obstante, cumpre sublinhar que se trata de regime de Direito Público, organizado pelo Estado e constituído por normas cogentes e de ordem pública. Sua administração e gerenciamento competem ao Instituto Nacional

do Seguro Social (INSS) e ao Ministério da Previdência Social através da Secretaria da Receita Previdenciária (SRP).

O RGPS está regulamentado pelas Leis Federais nºs. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. A Lei nº 8.212/91 dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o *plano de custeio* do regime geral. Já a Lei nº 8.213/91 dispõe sobre os *planos de benefícios* mantidos e disponibilizados pelo regime geral.

A Constituição, contudo, já assegura a aposentadoria, pelo regime geral de previdência social, (a) por tempo de contribuição, aos segurados com trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; reduzido em cinco anos o tempo de contribuição, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; e (b) por idade, aos segurados com sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher; reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Ademais, para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Segundo o art. 18 da Lei nº 8.213/91, o RGPS compreende os seguintes benefícios e serviços: I – quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II – quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III – quanto ao segurado e dependente: a) serviço social; b) reabilitação profissional.

Para os segurados gozarem dos benefícios e serviços acima mencionados, impõe a Lei nº 8.213/91 o cumprimento de um *período de carência* que corresponde ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça *jus* ao benefício.

Esse período de carência varia conforme o benefício. Assim, para o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, a carência é de 12 (doze) contribuições mensais; para aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial, de 180 contribuições mensais. Todavia, independem de carência os seguintes benefícios: pensão por

morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente; auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado; serviço social; reabilitação profissional e salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.

O valor dos benefícios, segundo o art. 28 da Lei nº 8.213/91, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculado com base no *salário-de-benefício*. E entende-se por *salário-de-benefício*, quando o benefício em tela for aposentadoria por idade ou aposentadoria por tempo de contribuição, a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; mas quando o benefício for aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-doença ou auxílio-acidente, corresponde a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

Nenhum benefício pode ter valor inferior a um salário mínimo. Esclareça-se, contudo, que a EC nº 20/98 fixou um teto ou limite máximo para o valor dos benefícios mantidos pelo RGPS. Esse teto foi modificado pela EC nº 41/03 (R\$ 2.400,00), sendo reajustado a partir daí. Ninguém pode receber pelo regime geral acima deste limite, exceto se tratando do benefício de salário maternidade, que ficou de fora do teto, uma vez que garantido por norma constitucional originária sem prejuízo do salário.

Impõe-se ressaltar, a despeito da profunda controvérsia judicial que se instalou acerca do tema, que os novos tetos estabelecidos pela EC nº 20/98 e pela EC nº 41/03 devem ser aplicados imediatamente aos benefícios previdenciários do RGPS concedidos anteriormente e limitados pelo teto precedente. Isto porque, com a majoração dos limites, foi necessária a readequação dos benefícios anteriores aos novos tetos fixados pelas referidas Emendas. Nesse sentido, decidiu o STF, em Recurso Extraordinário ao qual foi atribuída repercussão geral, que “Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da EC 20/1998 e do art. 5º da EC 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido

antes da vigência dessas normas, de modo que passem a observar o novo teto constitucional”⁵.

3.3. Assistência social

A assistência social compreende um conjunto de ações e serviços sociais que se destinam (I) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (II) o amparo às crianças e adolescentes carentes; (III) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (IV) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; (V) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Segundo a Constituição, ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (I) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; (II) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Os Estados e o Distrito Federal podem vincular até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida a programa de apoio à inclusão e promoção social, ficando, todavia, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (I) despesas com pessoal e encargos sociais; (II) serviço da dívida; (III) qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

A Lei nº 8.742/93 dispõe sobre a organização da Assistência Social. No art. 20, esclarece que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a

5. RE 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-9-2010, Plenário, DJE de 15-2-2011, com repercussão geral. No mesmo sentido: AI 532.251-AgR-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-3-2011, Segunda Turma, DJE de 22-3-2011; RE 441.201-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-2-2011, Primeira Turma, DJE de 15-3-2011; RE 557.724-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 9-2-2011.

própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Ademais, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) também assegura aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas (art. 34). Ademais, o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso prevê que o benefício já concedido a qualquer membro da família do idoso não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas⁶.

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, a Loas (Lei de Organização da Assistência Social) define a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimentos de longo prazo⁷ de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. E considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou da pessoa idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo⁸. No entanto, a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo (art. 20, § 9º).

A Loas veda a acumulação do benefício assistencial de prestação continuada pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Em face de seu caráter assistencial, cumpre lembrar que a EC n. 31/2000 introduziu o art. 79 no ADCT da Constituição, com o qual instituiu, no âmbito do Poder Executivo Federal, o *Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza*, para vigorar até o ano de 2010, com o objetivo de viabilizar a todos

6. Conferir, a respeito, a seguinte decisão do STF: “Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/1988. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 c/c art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (renda familiar mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.)” (RE 558.221, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento 15-4-2008, Segunda Turma, DJE de 16-5-2008.) No mesmo sentido: AI 688.242-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 4-6-2010.

7. Considera-se impedimento de longo prazo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (art. 20, § 10).

8. Na ADI 1232, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 27-8-1998, Plenário, DJ de 1-6-2001, o STF declarou a constitucionalidade do requisito legal da incapacidade financeira familiar consistente na renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. Tal Fundo teve a sua vigência prorrogada por tempo indeterminado, pela EC n. 67, de 22 de dezembro de 2010, que também prorrogou a vigência da LC 111/2001, que dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos artigos 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Segundo o art. 3º da referida LC, os recursos do Fundo serão direcionados a ações que tenham como alvo: I – famílias cuja renda *per capita* seja inferior à linha de pobreza, assim como indivíduos em igual situação de renda; II – as populações de municípios e localidades urbanas ou rurais, isoladas ou integrantes de regiões metropolitanas, que apresentem condições de vida desfavoráveis. O atendimento às famílias e indivíduos de que trata o inciso I será feito, prioritariamente, por meio de programas de reforço de renda, nas modalidades “Bolsa Escola”, para as famílias que têm filhos com idade entre seis e quinze anos, e “Bolsa Alimentação”, àquelas com filhos em idade de zero a seis anos e indivíduos que perderam os vínculos familiares. A linha de pobreza ou conceito que venha a substituí-lo, assim como os municípios que apresentem condições de vida desfavoráveis, serão definidos e divulgados, pelo Poder Executivo, a cada ano.

4. DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

Como tivemos a oportunidade de examinar, no capítulo referente aos direitos sociais, a educação constitui um dos mais importantes direitos fundamentais, que se destina basicamente ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

De acordo com a Constituição, o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (I) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (II) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (III) pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (IV) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, cumprindo lembrar que, em consonância com a súmula vinculante n. 12 do STF, “*A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da CF*”; (V) valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (redação dada pela EC nº 53/2006); (VI) gestão democrática do ensino público, na forma da lei; (VII) garantia de padrão de qualidade; e (VIII) piso salarial profissional nacional

para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (inciso incluído pela EC nº 53/2006). De acordo com o parágrafo único do art. 206, incluído pela EC nº 53/2006, a lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Constituição consagrou a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades brasileiras, que obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

O dever do Estado com a educação, em face do que dispõe o art. 208 da Constituição de 1988, será efetivado mediante a garantia de:

- I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009);
- II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (redação dada pela EC nº 53/2006)⁹;
- V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo* invocável perante o Poder Judiciário, de modo que o não-oferecimento do ensino

9. “A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional.” (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007.

obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (I) cumprimento das normas gerais da educação nacional; e (II) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Em face do que dispõe o art. 210 da Constituição, deverão ser fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino. A União organizará o *sistema federal* de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Já os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Em conformidade com o § 4º do art. 211 da Constituição, na redação dada pela EC nº 59/2009, na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Por imposição constitucional, a União deve aplicar, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Na hipótese de desrespeito a essa determinação constitucional, é possível a intervenção judicial para compelir a entidade federada a incluir, no orçamento correspondente, o percentual devido¹⁰.

10. "Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. CF, art. 212. Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (CF, art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212),

Por determinação constitucional, os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (I) comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; (II) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. Ademais, tais recursos poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

A Constituição ainda prevê, no seu art. 214, com a redação dada pela EC nº 59/2009, a necessidade de a lei estabelecer o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: "(I) – erradicação do analfabetismo; (II) – universalização do atendimento escolar; (III) – melhoria da qualidade do ensino; (IV) – formação para o trabalho; (V) – promoção humanística, científica e tecnológica do País; e (VI) – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto" (este último inciso foi incluído pela EC nº 59/2009).

O Estado também deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Importante conquista para a cultura brasileira foi a previsão constitucional, por força da EC nº 48/2005, do Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, que deve ser estabelecido por lei, e que visa ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (I) defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (II) produção, promoção e difusão de bens culturais; (III) formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (IV) democratização do acesso aos bens de cultura; (V) valorização da diversidade étnica e regional.

de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (CF, art. 127, art. 129, III)." (RE 190.938, Rel. p/o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-3-2006, Segunda Turma, DJE de 22-5-2009).

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (I) as formas de expressão; (II) os modos de criar, fazer e viver; (III) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (IV) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; (V) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A Constituição realizou o tombamento geral de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

É dever do Estado, ademais, *fomentar práticas desportivas formais e não-formais*, como direito de cada um, observados: (I) a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; (II) a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; (III) o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; (IV) a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional (art. 217).

5. DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

A Constituição, atenta a uma necessidade mundial, também se preocupou com o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, atribuindo ao Estado o dever de promovê-los e incentivá-los.

A pesquisa científica básica deve receber tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. E a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

6. DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Refletindo o grau de amadurecimento democrático a que alcançou, a Constituição de 1988 protege de maneira ampla a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, vedando qualquer restrição e proibindo qualquer lei de causar embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo

de comunicação social, devendo-se, porém, *compatibilizar* esse direito com os direitos fundamentais previstos no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, da Carta Magna.

Com base na liberdade de informação jornalística, o Plenário do STF, no julgamento do RE 511.961, declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969, que exigia diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista¹¹. E no julgamento da ADPF 130 o Plenário da Corte também declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967)¹².

11. "O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. (...) No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação 930, Rel. p/ o ac. Min. Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-1977." (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009).

12. "A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome 'Da Comunicação Social' (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de 'atividades' ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...) O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela CF como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade

Os meios de comunicação social, por serem veículos de expressão da liberdade de pensamento e informação, não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Enfim, a Constituição veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, estabelecendo, entretanto, que compete à lei federal regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; e estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

De acordo com o art. 221, a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (I) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (II) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (III) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e (IV) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

7. DO MEIO AMBIENTE

A palavra *ambiente* indica o lugar, a esfera, o círculo, o sítio, o recinto ou espaço que envolve os seres vivos e as coisas. Por isso mesmo, apontam os autores a redundância na expressão meio ambiente. De feito, tal expressão revela, do ponto de vista semântico, um certo pleonismo, porque *ambiente* dá uma ideia do *meio* em que vivemos e vice-versa. Mas, às vezes, é de

de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional 'observado o disposto nesta Constituição' (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da 'plena liberdade de informação jornalística' (§ 1º do mesmo art. 220 da CF). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação." (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009).

propósito deliberado o uso cumulativo de termos sinônimos como uma necessidade de reforçar seu sentido e alcance. Fê-lo, assim, o legislador brasileiro, inclusive o constituinte, quando empregou a expressão *meio ambiente*, em vez de somente *ambiente*. Mas, em outros países, a exemplo da Itália, emprega-se somente o termo *ambiente*, para significar paisagem, compreendendo tanto os elementos naturais como os culturais.

De fato, a expressão *ambiente* é integrada de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais,

"cuja interação constitui e condiciona o 'meio' em que se vive. Daí por que a expressão 'meio ambiente' se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra 'ambiente'. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos¹³."

E o conceito de *meio ambiente* deve abranger, assim, o conjunto desses elementos naturais, artificiais e culturais, compreendendo, por conseguinte, o solo, a água, o ar, a fauna e flora, o patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico e espeleológico, de modo a possibilitar a seguinte classificação: (1) *meio ambiente natural* ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a fauna, a flora, enfim, a biosfera; neste aspecto, define-o a Lei 6.938/81, como "*o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*"; (2) *meio ambiente artificial*, formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações, e pelos equipamentos públicos, ruas, praças, áreas verdes, enfim, todos os assentamentos de reflexos urbanísticos; e (3) *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico e espeleológico, que, inobstante também artificial, difere do anterior, pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou. Fala-se, ainda, em *meio ambiente do trabalho*, dadas as inegáveis relações entre o local de trabalho e o meio externo.

O meio ambiente, de ver-se, é exatamente

"a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas¹⁴."

13. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros Editores, 2ª ed., São Paulo, 1995, p. 2.
14. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros Editores, 2ª ed., São Paulo, 1995, p. 2.

Objetiva-se, com essa interação, uma visão unitária do meio ambiente compreensiva dos elementos naturais e culturais. Ressalte-se que esse conceito de meio ambiente não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de *existência humana*, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento.

Numa perspectiva econômica, podemos dizer que meio ambiente é o espaço onde se encontram e de onde se retiram os recursos naturais, como elemento primordial da produção, inclusive aqueles recursos já reproduzidos (transformados).

A Constituição de 1988, no art. 225, tratou do meio ambiente *natural*.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido pela Constituição Federal em capítulo situado no título da ordem social, é um direito fundamental, na categoria direito social, qualificado pela doutrina como direito de terceira geração. Nem por isso se lhe negue caráter, também, individual. Cuida-se, pois, de um direito simultaneamente considerado direito social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social, por isso mesmo considerado *transindividual*.

Com efeito, o princípio da defesa do meio ambiente, previsto no art. 170 da Carta Magna, surge no art. 225 como *direito fundamental*. De princípio conformador da ordem econômica, tem seu conteúdo ampliado, quando é reconhecido que, além de um fator da produção, é a proteção do meio ambiente uma condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social. Assim, inobstante não inserido no rol do art. 5º da Constituição Federal, deve-se considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 daquela Carta, é, sem sombra de dúvida, um direito fundamental, porque é uma prerrogativa individual, cuja realização envolve uma série de atividades públicas e privadas, produzindo não só a sua consolidação no mundo da vida como trazendo, em decorrência disto, uma melhoria das condições de desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como uma ordem social livre.

O crescimento econômico desordenado e a escassez dos recursos naturais, causadoras da assim chamada “crise ambiental”, fizeram com que doutrinadores e legisladores propugnassem por uma nova disciplina jurídica – o *Direito Ambiental* –, nascido do inquestionável direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Direito Ambiental¹⁵ manifesta-se como um direito a tutelar interesses pluriindividuais, conhecido na doutrina como interesses difusos. Deve-se à doutrina italiana a construção e a teorização mais profunda e rica sobre a noção de interesse difuso, particularmente a Massimo Severo Giannini. Cuida-se de “interesse juridicamente reconhecido, de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, potencialmente, pode incluir todos os participantes da comunidade geral de referência, o ordenamento geral cuja normativa protege tal tipo de interesse”¹⁶. Sendo *todos* os titulares do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sua natureza se encaixa, destarte, no que o ordenamento jurídico cuidou de denominar *direitos difusos*, já que se trata de um direito transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.¹⁷

O Direito Ambiental, portanto, na tutela do meio ambiente, busca – *mais do que a melhoria da qualidade de vida* – a preservação da própria espécie humana. Sua razão de ser está, proficuamente, na busca de uma prática produtiva social compatível com a manutenção das bases naturais e com a melhoria da qualidade de vida. Suas normas são editadas, fundamentalmente, para orientar e dirigir as ações humanas, influenciando seu conteúdo, no sentido de um relacionamento conseqüente com o meio ambiente.

O meio ambiente, destarte, passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mundiais mais recentes. Ingressa nelas deliberada e necessariamente como um direito humano fundamental, não mais como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria nas constituições mais antigas.

É verdade, todavia, que mesmo nas vetustas Constituições, já se consignavam certas normas de proteção ambiental, a exemplo do que fizera a Constituição Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, ao preceituar que a legislação concorrente entre a União (*Bund*) e os Estados (*Länder*) abrangia “a proteção do comércio de produtos alimentares e estimulantes, assim como de artigos de consumo, forragens, sementes e plantas agrícolas e florestais, a proteção de plantas contra enfermidades e pragas, assim como a proteção de animais”, bem como a “eliminação do lixo, combate a poluição

15. Conferir a excelente obra de TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

16. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 20/21.

17. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, pp. 80/81.

e luta contra o ruído" (art. 74, 20ª e 24ª), e que a União tem o direito de determinar normas gerais sobre "a caça, a proteção da natureza e a estética da paisagem" (art. 75, 3ª).

Da mesma forma, a Constituição Suíça de 1874, que desde 1957 vem sendo emendada visando inserir regras de proteção ambiental, não obstante seu art. 24 já dispusesse sobre a proteção das florestas. Mas foi uma emenda constitucional de 1957 que deu início a uma série de dispositivos voltados, voluntariamente, para a proteção de recursos naturais.

Porém, no sentido mais ambientalista, a primazia cabe à Constituição da Bulgária, de 1971, que, em seu art. 31, estabelece que a "proteção, a salvaguarda da natureza e das riquezas naturais, da água, ar e solo...incumbe aos órgãos do Estado e é dever também de cada cidadão". Nesse mesmo sentido, seguiu-se a de Cuba de 1976.

Todavia, foi a Constituição Portuguesa de 2 de abril de 1976 que dispensou formulação moderna ao assunto, correlacionando o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado com o direito à vida. Seu art. 66º está assim disposto:

"1. Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.

3. É conferido a todos o direito de promover, nos termos da lei, a prevenção ou a cessação dos factores de degradação do ambiente, bem como, em caso de lesão directa, o direito à correspondente indenização.

4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses."

Também nesse diapasão, com regras bem semelhantes, a Constituição da Espanha de 29 de dezembro de 1978, que, no art. 45, estabeleceu o seguinte:

"1 - Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de o conservar.

2 - Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de preservar e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva.

3 - Contra os que violarem o disposto no número anterior, nos termos que a lei fixar, serão estabelecidas sanções penais ou, se for caso disso, sanções administrativas, bem como a obrigação de reparar o dano causado."

Seguiram-se, com essa mesma preocupação, as Constituições do Chile de 1981 e a da China de 1982.

No Brasil, somente a partir da Constituição de 1988 - isto porque as Cartas anteriores nada traziam, especificamente, a respeito -, é que o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado passou a ter *status constitucional* de direito fundamental do homem, na medida em que foi erigido como direito à própria *vida humana* (art. 225). Das Constituições pretéritas, a partir da Carta de 1946, inclusive, apenas se consignavam normas protecionistas da saúde e preceitos sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca.

A Constituição de 1988 é que, seguindo o exemplo das Constituições da Bulgária (1971), Iugoslávia (1974), Grécia (1975), Portugal (1976), Polônia (1976), Cuba (1976), União Soviética (1977), Espanha (1978), Chile (1981) e China (1982), consagrou, pela vez primeira, uma disciplina específica para o meio ambiente, podendo-se dizer, como o faz José Afonso da Silva, "que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista"¹⁸. Deveras, ela dedicou ao meio ambiente um longo artigo - o 225 -, inserto no título que cuida da Ordem Social. De observar-se, entretanto, que o tema é também tratado por inúmeras outras disposições ao longo de todo o texto constitucional. Quer dizer, a par do art. 225, que concentradamente cuida da questão ambiental em diversos incisos e parágrafos, a Constituição Federal de 1988 tratou-a difusamente ao longo do texto. Assim é quando ela faz menção expressa ao tipificar a ação popular e a ação civil pública; ao arrolar os bens da União; ao repartir a competência entre os entes federativos; ao instituir os princípios específicos da Ordem Econômica e Financeira; ao cuidar da Política Agrícola e Fundiária; ao acolher o ambiente do trabalho no conceito de meio ambiente; ao incluir os sítios de valor ecológico no patrimônio cultural brasileiro; ao cuidar da Comunicação Social; e ao dispor sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

18. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, op. cit., p. 26.

De acordo com o art. 225, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a *efetividade* desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Analisando a estrutura normativa deste preceptivo constitucional, José Afonso da Silva vislumbra três conjuntos de normas, revelando-nos que

“O primeiro acha-se no *caput*, onde se inscreve a *norma-princípio*, a *norma-matriz*, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O segundo encontra-se no § 1º, com seus incisos, que estatui sobre os *instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no ‘caput’ do artigo*. Mas não se tratam de normas simplesmente processuais, meramente formais. Nelas, aspectos normativos integradores do princípio revelado no *caput* se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas-instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental

que lhes é objeto. Nelas se conferem ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O terceiro, finalmente, caracteriza um conjunto de *determinações particulares*, em relação a *objetos e setores*, referidos nos §§ 2º a 6º, notadamente o 4º, do art. 225, nos quais a incidência do princípio contido no *caput* se revela de primordial exigência e urgência, dado que são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização, necessária talvez ao progresso, se faça sem prejuízo ao meio ambiente. E porque são áreas e situações de elevado conteúdo ecológico é que o constituinte entendeu que mereciam, desde logo, proteção constitucional.”¹⁹

Para nós, o capítulo do meio ambiente pode ser analisado a partir de três ângulos: 1. Como um direito fundamental – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum de todos; 2. Como um dever do Estado e da coletividade em defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações; 3. Como imposição de condutas objetivando garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A primeira parte do art. 225 declara um direito constitucional de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito por nós já conceituado como um direito humano fundamental, não obstante não inserido no rol do art. 5º.

Declara, outrossim, ser esse meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de todos – um bem de uso comum do povo. Um bem, advirta-se, que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública, *rompendo*, quanto a este último aspecto, com o tradicional enfoque de que os bens de uso comum só podem ser bens públicos. Quer dizer, a expressão *bens de uso comum do povo*, à luz da doutrina e legislação, designa uma modalidade de bem público, isto é, aqueles sujeitos ao direito de propriedade de algumas das entidades estatais. Todavia, não foi com essa natureza que a ele se referiu a Constituição. O que a Constituição afirma, deveras, é que o meio ambiente constitui um bem jurídico próprio, autônomo, distinto, pois, daquele sobre o qual se exerce o direito de propriedade. Assim, a Constituição estabeleceu que, mesmo no domínio privado, podem ser fixadas obrigações para que os proprietários assegurem a fruição, por todos, dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade. Um fazendeiro, por exemplo, pode ser legítimo proprietário de área na qual existe uma floresta. Mas, se queimá-la, estará comprometendo a qualidade

19. SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 31.

do ar da região, que é objeto de um direito distinto do de propriedade e que, no particular, a ele se sobrepõe. O proprietário dessa fazenda, porém, continua proprietário da mesma, podendo, inclusive, estabelecer interdições quanto à penetração e permanência de estranhos no seu interior. Entretanto, ele "está obrigado a não degradar as características ecológicas que, estas sim, são de uso comum, tais como a beleza cênica, a produção de oxigênio, o equilíbrio térmico gerado pela floresta, o refúgio de animais silvestres, etc."²⁰

Traço marcante e curioso no art. 225, a caracterizar e singularizar a defesa do meio ambiente, é a divisão de responsabilidades entre o Poder Público e a coletividade na proteção ambiental. Assim, comentando essa peculiaridade, assevera Eros Roberto Grau:

"Os administrados, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram, passam a ocupar a posição de destinatários do dever-poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não-exclusividade do seu exercício pelo Estado."²¹

O art. 225, pois, encerra uma espécie de responsabilidade social, impondo não só ao Estado, mas também a toda a coletividade esse dever-poder a que se refere Grau de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isto implica, por seu turno, na indeclinável necessidade de produção de normas e adoção de medidas que viabilizem a colaboração e a participação da sociedade nas decisões relativas às questões ambientais, como, por exemplo, a execução de ações mitigadoras visando à diminuição de efeitos danosos ou de atividades de grandes risco.

A Constituição incumbe – ou melhor, impõe – ao Poder Público o complemento de políticas públicas voltadas ao equilíbrio ambiental dentro de uma perspectiva de sustentabilidade do desenvolvimento. São definidas, assim, ações específicas para a concretização do direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado dentro do processo de produção econômica, de molde a proporcionar o bem-estar coletivo às presentes e futuras gerações.

Assim, já no inciso I, do § 1º, impõe ao Poder Público o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. Por *processos ecológicos essenciais* entende-se aqueles que asseguram as condições necessárias para uma adequada interação biológica, mantendo os sistemas de sustentação da vida. São eles que determinam o clima, limpam o ar e a água, regulam o fluxo da água, reciclam

os elementos essenciais, criam e regeneram o solo e permitem a auto-renovação dos ecossistemas. Ecossistema é um conjunto de partes harmonicamente articuladas, consistente no conjunto de relacionamentos mútuos entre determinado meio ambiente e a flora, a fauna e os microorganismos que nele habitam, e que incluem fatores de equilíbrio geológico, atmosférico, meteorológico e biológico²². Prover o *manejo ecológico das espécies* significa lidar com as espécies de modo a conservá-las ou recuperá-las quando for o caso. E prover o *manejo dos ecossistemas* quer dizer cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e o seu habitat (rio, mar, floresta, pântanos, etc.).

No inciso II, § 1º, impõe-se ao Poder Público o dever de preservar a *diversidade* e a *integridade do patrimônio genético* do País, ou seja, de velar pela conservação da *biodiversidade*, que é a multiplicidade de espécies de plantas, animais e outros organismos, bem como toda a gama de patrimônio genético de cada espécie. Impõe, outrossim, o dever de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Desse inciso II, § 1º, extrai-se importantes princípios, a saber:

- a) O princípio da *diversidade do patrimônio genético* busca garantir a variedade da espécie humana e outros seres vivos. O patrimônio genético difere de pessoa para pessoa, de ser vivo para ser vivo. O "valor genético" da pessoa humana não está propriamente na qualidade de seus genes, mas sim no fato de que o seu patrimônio genético é diferente do de outras pessoas, circunstância que faz de cada pessoa um "ser único". Assim, cada indivíduo tem um DNA único.
- b) O princípio da *integridade do patrimônio genético* visa evitar que a manipulação do patrimônio genético interfira na composição do material genético. O objetivo aqui é defender e proteger a integridade do patrimônio genético contra as manipulações e pesquisas destinadas a realizar melhoramentos das características fenóticas (características físicas) da pessoa humana, como, por exemplo, as pesquisas e manipulações do genoma humano com fins eugênicos, isto é, para depuração da espécie, como ocorreu na Alemanha de Hitler (eugenia nazista, visando a pureza da raça). Assim, a manipulação do material genético deve buscar uma melhoria da qualidade de vida, jamais a melhoria da espécie.

20. ANTUNES, Paulo de Bessa. *op. cit.*, p. 44.

21. GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (Caso do Parque do Povo)*, p. 247-260.

22. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª edição, 1986.

- c) O princípio da *não disponibilidade econômica ou da não patrimonialização do material genético* se destaca aqui na medida em que o patrimônio genético humano não pode ser comercializado ou negociado para fins econômicos. Ele é indisponível e inalienável. Apesar de ser um patrimônio de cada pessoa, ele é de interesse de toda humanidade. Assim, é inadmissível o que vem ocorrendo nos EUA, com a permissão daquele País de patenteamento de genes humanos. No EUA, algumas empresas privadas, em geral ligadas à indústria farmacêutica, vêm obtendo a patente de determinados genes humanos, visando a *exclusividade* da pesquisa e conhecimento destes genes e o *monopólio* da comercialização de medicamentos para doenças identificadas²³. Ademais, o patenteamento de genes humanos fere também o princípio da igualdade, na medida em que restringe o acesso e uso do conhecimento decorrente das pesquisas genéticas ao titular da patente.
- d) O princípio da *avaliação prévia ou da precaução* impõe a necessidade de se avaliarem, *previamente*, os potenciais riscos e benefícios que a pesquisa e manipulação do patrimônio genético podem gerar. Assim, é importante se fazer uma reflexão sobre os objetivos do chamado Projeto Genoma Humano (PGH) e do Projeto de Diversidade do Genoma Humano (PDGH). Apesar dos aparentes benefícios, riscos podem advir, sobretudo em razão do uso inadequado das informações obtidas. O principal objetivo do PGH foi mapear e sequenciar todos os genes humanos visando identificar as possíveis causas para as doenças genéticas e, a partir destas causas, desenvolver tratamentos para a cura destas doenças. E já foram identificados vários genes relacionados a doenças (como, por exemplo, fibrose cística, vários cânceres, etc). O problema reside na utilização e apropriação equivocadas das informações genéticas obtidas, como, por exemplo, no uso para discriminar pessoas (no trabalho) e grupos, como já ocorreu nos EUA na década de 70, com as pesquisas sobre a *anemia falciforme*, que gerou uma série de atos discriminatórios contra a população negra, que era a principal portadora do gene da doença, pelo temor do contágio.

23. Como exemplo de patenteamento de genes humanos, cite-se os seguintes: **Mal de Alzheimer**, patente n. 5.508.167, da Duke University, cedida à Glaxo; **Osteoporose**, patente n. 5.501.969, Human Genome Sciences; **Câncer do cólon**, patente n. 5.648.212, John Hopkins University, Fundação Japonesa para a pesquisa do câncer e zeneca; **Hipertensão**, patente n. 5.589.584, da Fundação de pesquisa da Utah University, cedida à Myriad Genetics; **Artrite reumática**, patente n. 5.556.767, da Human Genome Sciences; entre outros.

- e) O princípio da *confidencialidade*, que visa garantir a *privacidade* das informações genéticas. Questão polêmica reside na criação de *bancos de dados de DNA*, contendo informações do patrimônio genético de inúmeras pessoas ou de determinadas populações.
- f) Por fim, e talvez de todos os mais importante, é o princípio do *respeito à dignidade da pessoa humana*, que condiciona toda e qualquer pesquisa e manipulação do patrimônio genético ao respeito da dignidade da pessoa. Por isso mesmo, é necessário ressaltar que, na pesquisa e manipulação do patrimônio genético, é a ciência que está a serviço da pessoa humana e de toda a humanidade, e não o contrário.

No inciso III, § 1º, há a incumbência relativa à definição, pelo Poder Público, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, reclamando a atuação não só do executivo, mas também do legislativo. Significa estabelecer uma delimitação de área ecologicamente relevante, onde o uso do patrimônio ali inserido ficará condicionado a disposições legais. A lei 6.938/81, no art. 9º, prevê diversos mecanismos de atuação, como o zoneamento ambiental e a criação de áreas de proteção ambiental (APAs), de relevante interesse ecológico, reservas extrativistas, etc.

No inciso IV, prevê a Constituição um dos mais importantes instrumentos de intervenção ambiental na ordem econômica – o estudo de impacto ambiental, a ser exigido *previamente* para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Nos incisos V e VII constata-se disposições que conferem ao Estado um específico poder de polícia ambiental, poderoso instrumento de proteção ambiental, normalmente negligenciado pelo Poder Público. Poder de polícia é a atuação estatal, preventiva ou repressiva, visando a coibir *danos sociais*²⁴. Por meio dele, pode o Poder Público impor multas, interditar atividades, embargar obra, destruir objetos, proibir a fabricação ou o comércio de produtos, etc.²⁵

No inciso VI, a Constituição determina ao Estado promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Sem dúvida, constitui louvável e principal meio de conscientização ecológica que propiciará, no futuro, o exercício de práticas conscientemente preservacionistas. A efetividade do preceito, contudo, dependerá de iniciativas discricionárias do Poder Público.

24. CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, p. 339.

25. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A Competência dos Municípios em Matéria Ambiental*, p. 332.

No § 2º, está previsto que aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado. Por relevante que seja a defesa do meio ambiente, através desse dispositivo, a Constituição praticamente admitiu a hipótese de que certas atividades econômicas, ainda que lesivas ao meio ambiente, deveriam ser exploradas, talvez em nome de um desenvolvimento nacional. Conformou-se, assim, com a inevitabilidade do dano, mas cuidou, como não poderia deixar de ser, de determinar a recuperação do meio ambiente degradado. Paulo Affonso Leme Machado observa que os riscos de degradação decorrentes da atividade mineradora comportam controle em três fases: a primeira, onde o dano pode ser evitado antes mesmo do licenciamento da lavra ou da pesquisa; a segunda, durante o desenvolvimento da atividade; e a terceira, que é a de que cuida a Constituição, relativa à recomposição. A Constituição, afirma o autor, "não eliminou as duas fases apontadas, mas mostrou que toda atividade de mineração importa em necessidade de uma atividade de recuperação"²⁶. Entendemos, por outro lado, que a autorização constitucional de degradar o meio ambiente, naquelas circunstâncias, só se aplica em relação aos recursos ambientais renováveis. Fora daí, não tem incidência o permissivo constitucional.

No § 3º, preceitua a Constituição que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Destaco, nessa norma, dois pontos dignos de registro. Primeiro, a instituição, em sede constitucional, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, circunstância que abalou os penalistas mais conservadores. Até aqui, é certo, a doutrina clássica sempre fora a de que somente as pessoas físicas, jamais as jurídicas, poderiam ser sujeitos ativos de ilícitos penais (*societas delinquere non potest*). Agora, com a regra constitucional, não há mais dúvida, a despeito das severas críticas do Prof. René Ariel Dotti²⁷, que rejeita tal interpretação. Segundo, é a consagração, agora em sede constitucional, da responsabilidade objetiva por dano ambiental.

Sem dúvida, o homem precisa intervir no meio ambiente para sobreviver. Por mais ambientalista que seja, ele não poderá viver sem consumir recursos naturais. Logo, o homem está condenado a viver dos recursos ambientais.

Qualquer ação humana, portanto, repercute na natureza. Esta intervenção, entretanto, pode ser positiva ou negativa. Bem verdade, o homem pode

interagir com o meio ambiente, visando a adequá-lo às suas necessidades sem que este venha a ser prejudicado e, em muitos casos, pode haver uma melhoria das condições do próprio meio ambiente. O impacto ambiental, previsto no art. 225, I, § 4º, é justamente o resultado da intervenção humana sobre o meio ambiente. Pode ser positivo ou negativo, dependendo da qualidade da intervenção desenvolvida. Na conformidade do art. 1º da Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA,

"Considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas no meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança, e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos naturais."

Assim, toda e qualquer forma de intervenção no meio ambiente que cause alteração de seus atributos, como o corte de uma árvore, a execução de obras que envolva a remoção de terra, terraplenagem, aterros, extração de minérios, escavações, erosões, desbarrancamentos, construção de rodovias, etc., constitui impacto ambiental. Já o Estudo de Impacto Ambiental seria exatamente uma avaliação dos aspectos positivos e negativos dessa intervenção, proporcionando alternativas adequadas, minimizadoras ou supressoras dos prováveis resultados desfavoráveis ao meio ambiente.

Qualifica-se o Estudo de Impacto Ambiental, pois, de relevante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, com atuação preventiva, que objetiva exatamente evitar danos ao meio ambiente em face da instalação de alguma obra ou atividade potencialmente degradadora. Sem dúvida, objetiva conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente. Funciona, por isso mesmo, como pressuposto indeclinável para o licenciamento de construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades capazes de causar degradação ambiental. Quer dizer, se a obra ou atividade for, em tese, suscetível de acarretar dano ambiental, a autoridade pública exigirá, sob pena de responsabilidade funcional e penal, estudo de impacto ambiental, *previamente* à concessão da licença.

Seu objetivo é evitar que um projeto, referente a obra ou atividade, justificável sob o ponto de vista econômico, se revele posteriormente nefasto ou prejudicial ao meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, extraída do princípio da prevenção.

Foi precisamente para prever – e, a partir daí, prevenir – o dano, antes de sua manifestação, que se instituiu o EIA. Daí a necessidade insuperável

26. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros Editores, 5ª ed., São Paulo, 1995, p. 41/42.

27. DOTTI, René Ariel. *Meio Ambiente e Proteção Penal*, Revista de Informação Legislativa, p. 138.

de que o estudo seja *prévio*, ou seja, elaborado antes do início da execução, ou mesmo de atos preparatórios, do projeto. Não sem razão que a própria Constituição Federal resolveu rebatizar o instituto, passando de *avaliação de impactos ambientais*²⁸ para *estudo prévio de impacto ambiental*²⁹.

Em excelente monografia sobre o assunto, Sílvia Cappelli conceitua o *Estudo de Impacto Ambiental* como o

"conjunto de atividades científicas e técnicas que incluem o diagnóstico ambiental, a identificação, a previsão e medição dos impactos, sua interpretação e valorização e a definição de medidas mitigadoras e de programas de monitorização destes."³⁰

O Estudo de Impacto Ambiental, em síntese, consoante acentua R. K. Jain, mencionado por Benjamin, nada mais é que

"um estudo das prováveis modificações nas diversas características sócio-econômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto."³¹

O Estudo de Impacto Ambiental manifesta-se, assim, como um processo que comporta um planejamento para a sustentabilidade das atividades econômicas, integrado por um conjunto de ações estratégicas visando uma melhoria e melhor distribuição da qualidade de vida. Consiste, em síntese, no *planejar para um desenvolvimento sustentável*.

Como um instrumento de direito ambiental de *intervenção* na atividade econômica, indeclinável, portanto, à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, não pode o EIA – concordamos – erigir-se em entrave à liberdade de empreender³². Esse, sem dúvida, o sentido da legislação brasileira, ao exigir-lo apenas em face de *significativa degradação* ambiental. Mas, em face disso, surgem tormentosas indagações: que se entende por *significativa degradação*? Como saber se uma obra ou atividade será potencialmente causadora de *significativa degradação* ambiental sem ter antes um estudo de impacto ambiental?

Haverá, assim, duas situações a se considerar para a constatação da significação do impacto. A primeira diz respeito àquelas atividades e obras

28. Lei n. 6.938/81, art. 9º, III.

29. CF/88, art. 225, § 1º, IV.

30. CAPPELLI, Sílvia. *O Estudo de impacto ambiental na realidade brasileira*, p. 45/60.

31. JAIN, R. K. et al., *Environmental Impact Analysis*, New York, Van Nostrand Reinhold Company, 1977, p. 3, apud BENJAMIN, Antonio Herman V. *Os Princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa*, p. 32.

32. MILARÉ, Édis e BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental – Teoria, Prática e Legislação*, p. 27.

elencadas pela legislação como produtoras de impacto significativo. Nesse caso, milita uma presunção absoluta (*juris et de jure*) da gravidade do impacto, *devendo*³³ o Poder Público exigir o EIA/RIMA. A segunda, modo inverso, compreende as obras e atividades não previstas na legislação, deixando ao poder discricionário – mas não irresponsável ou arbitrário – do órgão de gestão ambiental exigir ou não o mencionado estudo, sujeitando-se a decisão final, é obvio, ao controle judicial.

Sem embargo disso, no que toca a esta última situação, é fundamental esclarecer que a Carta Política, deveras preocupada com o bem jurídico meio ambiente, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina ao Poder Público exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Verdadeiramente, já se disse, a Carta Magna somente impõe ao Poder Público a exigência do EIA, nas obras ou atividade que, potencialmente, causem significativa degradação ambiental. A verdade é que, ao mencionar a expressão *potencialmente*, a Constituição se contenta, para o reclamo do EIA, que a atividade ou a obra *possa* causar aquela degradação significativa. Que haja, apenas, uma *probabilidade* de ocorrer aquela circunstância. Nesse caso, em havendo dúvida, mínima que seja, *deve* o Poder Público exigir o mencionado estudo prévio de impacto ambiental.

Concluindo com o mestre Paulo Affonso Leme Machado, a Constituição de 1988,

"é a primeira Constituição no mundo que prevê o estudo de impacto ambiental, o que é uma conquista, pois o legislador ordinário (e, via de consequência, o Poder Executivo e o Poder Judiciário) não poderão abrandar as exigências constitucionais. Acentuamos que a legislação ordinária validamente já exige o EPIA não só para a instalação, como para a operação de obra ou atividade. '*Significativa*' é o contrário de insignificante, podendo-se entender como a agressão ambiental provável que possa causar dano sensível, ainda que não seja excepcional ou excessivo."³⁴ (grifo do autor).

8. DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE, DO JOVEM E DO IDOSO

A Constituição considera a família a base da sociedade, a gozar de especial proteção do Estado. Esclarece que o casamento é civil e gratuita a celebração, mas que o casamento religioso pode ter efeito civil, nos termos da lei.

33. Na doutrina tem prevalecido o entendimento de que, nas hipóteses previstas na legislação, há presunção absoluta, *devendo* o Poder Público, e não simplesmente *podendo*, exigir o EIA.

34. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op. cit.*, p. 135.

Sem embargo, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Mas é preciso esclarecer que a Constituição não recusou reconhecimento a união estável formada entre pessoas do mesmo sexo, a chamada relação *homoafetiva*, que, a nosso sentir, tem amparo constitucional manifesto, em face, basicamente, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da liberdade de opção sexual (art. 3º, IV).

Todavia, a legislação infraconstitucional se limita a reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. O Código Civil, no seu art. 1.723, dispõe que *é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Por essa razão, foi proposta pela Procuradoria Geral da República a ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, que impugna a dicção normativa daquele preceito do CC, pedindo o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Em Sessão Plenária de 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para atribuir ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição e reconhecer a *união de pessoas do mesmo sexo*, desde que contínua, pública e duradoura, *como família*. Assim, concluiu o eminente Relator, Min. Ayres Britto, o seu acórdão: “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”³⁵.

35. EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da

Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas

No nosso entendimento, reitero, a Constituição Federal de 1988 ampara o reconhecimento da união entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que configurada tal união na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Cuida-se da família *monoparental*.

Na verdade, a Constituição de 1988 consagrou uma pluralidade de modelos de entidades familiares. Explicitamente fala de entidade familiar constituída (1) por pessoas casadas, (2) pelo homem e pela mulher em união estável e (3) por qualquer dos pais e seus descendentes (família *monoparental*). Contudo, os modelos de entidades familiares explicitamente previstos na Constituição de 1988 não são taxativos, na medida em que podemos considerar, à luz dos novos valores normatizados pelo Texto Magno, que são entidades familiares todo núcleo humano baseado na afetividade, estabilidade, seriedade, publicidade e no propósito de constituir família. Em virtude disto, fala-se atualmente, não num Direito de família, mas num *Direito das famílias*³⁶.

É importante anotar, entretanto, que, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato³⁷, que, como definido pelo Código Civil são as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (art. 1.727).

espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroa-fetiva (STF, Pleno, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011). No mesmo sentido: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.

36. Conferir, por todos, a excelente obra dos autores FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

37. "Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. (...) A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. (...) A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina." (RE 590.779, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-2-2009, Primeira Turma, DJE de 27-3-2009).

A Constituição consagra, finalmente, a igualdade entre o homem e a mulher em direitos e deveres, para todos os fins (art. 5º, I), em especial relativamente à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), ensejando o reconhecimento de um *poder familiar*, em superação ao antigo pátrio poder. Prevê que o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é *livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A EC n. 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para dispor sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Inovando a respeito, a Constituição de 88 determina que o Estado assegure a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações³⁸.

Em consonância com a Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Para cumprir a sua obrigação nessa área, deve o Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: (I) aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; (II) criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Com a Constituição de 1988, a criança, o adolescente e o jovem passaram a gozar de *absoluta prioridade* no exercício dos direitos fundamentais, além de beneficiados com o *direito à proteção especial*. A proteção especial

38. Conferir, a propósito, a excelente obra de CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica. Análise da Lei "Maria da Penha"*, nº 11.340/06. 3ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

destinada à criança, ao adolescente e ao jovem abrangerá, entre outros, os seguintes aspectos: idade mínima de dezesseis anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica, cumprindo anotar que, por força do art. 228, são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial; obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Em face da *proteção especial*, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), que substituiu o antigo modelo da “situação irregular” pelo da “proteção integral”, no qual as crianças, os adolescentes e os jovens são vistos como titulares de direitos e deveres.

Também como medida de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, a Constituição considerou penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos, porém, às normas da legislação especial (art. 228), que, na hipótese, estão consignadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90).

Pronuncia a igualdade entre os filhos, tendo em vista que, em face do § 6º do art. 227, os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A EC n. 65/2010 modificou o art. 227 da Constituição, com o propósito de também cuidar dos interesses da juventude. Essa emenda, entre outras providências, determinou ao legislador estabelecer o *estatuto da juventude*, destinado a regular os direitos dos jovens; e o *plano nacional de juventude*, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Nos termos do art. 229, prevê o *princípio da reciprocidade* no dever de assistência entre pais e filhos, na medida em que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A família, a sociedade e o Estado, segundo o art. 230, têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Com o fim de assegurar esse tratamento especial ao idoso, foi elaborado o *Estatuto do Idoso* (Lei n. 10.741/2003) que estabeleceu um sistema de proteção de *absoluta prioridade*, na qual estão compreendidos: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda (Lei 10.741/2003, art. 3º, parágrafo único).

O Estatuto adotou o *critério cronológico* ou *etário*, considerando idoso toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (Lei 10.741/2003, art. 1º).

Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. E aos maiores de sessenta e cinco anos é *garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos*, não havendo a necessidade aqui de norma infraconstitucional reguladora, pois se cuida de uma garantia outorgada direta e imediatamente pela Constitucional. Isto é, como já decidiu o STF, o direito de gratuidade goza de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*³⁹.

39. “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. O art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19-9-2007, Plenário, DJ de 26-10-2007).

Estatuto do Idoso repetiu a norma constitucional em tela, para assegurar a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos (exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares), bastando, para esse fim, que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. Ademais, determinou que nesses veículos de transporte coletivo fossem reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos (Lei 10.741/2003, art. 39 §§ 1º e 2º).

9. DOS ÍNDIOS

A Constituição reconhece aos índios a sua organização social, os seus costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O Plenário do STF, no julgamento da Pet n. 3.388, decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas⁴⁰.

40. "O substantivo 'índios' é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (...) Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da CF. (...) Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protocolo da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (...) A CF trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (...) É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito

Entendem-se por terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que são bens da União (art. 20, XI), as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Tais terras destinam-se a sua *posse permanente*, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, sendo inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis⁴¹. De observar-se que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

A Constituição veda expressamente a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da

de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. (...) O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em 'bolsões', 'ilhas', 'blocos' ou *clusters*, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (...) Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intra-étnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisória empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. (...) Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão." (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010).

41. "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições." (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-1996, Primeira Turma, DJ de 14-2-1997).

soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco⁴².

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Segundo o art. 232, os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

42. Interessante a seguinte decisão do STF: "CPI: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu *habitat*: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/1988, art. 231, § 5º). A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao 'homem branco' pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições." (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20-6-2001, Primeira Turma, DJ de 14-10-2005).

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ACKEL FILHO, Diomar. *"Writs" constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- AGRA, Walber. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AGUIAR, Mirella de Carvalho, *Amicus Curiae*. Salvador: edições JusPodivm, 2005.
- AHUMADA, Maria A. 'El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas'. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991.
- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo*. 2ª ed., Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª reimp. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- _____. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- ALVIN, Arruda. 'A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor'. In: *Revista de Processo*, v. 81, 1996.
- ANDRADE, José Carlos Viera de. *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2ª Ed., Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997, 118 p.
- _____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 430 p.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: EDIPRO, 1995, 311 p.
- ARROYO, Juan Carlos Velasco. *Patriotismo constitucional y republicanismo. Claves de razón práctica*, nº 125, 2002,), pp. 33-40.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. 'Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares'. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 4, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.
- _____. *República e Constituição*, Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 35ª ed., São Paulo: Ed. Globo, 1996.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987.
- _____. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Forense, V. I, Arts. 1ª a 153, 1998.
- _____. 'Mandado de Injunção'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.
- _____. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991, 19 v.
- _____. *República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)*. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, 269 p.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., amp. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 312 p.
- _____. 'Neoconstitucionalismo e Institucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, pp. 109-157, 2005.
- BARROS, Susana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 217 p.
- _____. *A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira*, in *Revista Forense*, 317/161, RJ, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 9 v.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, 515 p.
- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 77-84, 2001.

- _____. BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, 121 p.
- _____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- _____. VARGAS, Alexis Galiás de Souza. 'A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatária'. In: *Revista Jurídica Virtual*, nº 08, jan., 2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).
- BENJAMIN, Antonio Hermam V. *Os Princípios de estudo de impacto ambiental como limites de discricionariedade administrativa*, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 317, 1992.
- _____. *Função Ambiental. Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993.
- BERMUDES, Sérgio. 'O Mandado de Injunção'. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 642, 1989.
- BERNARDES, Juliano Taveira. 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 8, jan./2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).
- _____. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, 216 p.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: editora Universidade de Brasília, 1999, 184 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.
- _____. *Estudios sobre el Estado de Derecho e la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- BOMFIM, Thiago. *Os Princípios Constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000, 620 p.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*, *Revista Trimestral de Direito Público*.
- _____. 'Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do Tributo'. In: *Revista de Direito Tributário*, v. 63, p. 207.
- BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif. Le Droit Prive Français au Milieu du XX Siècle (Études Offertes a Georges Ripert)*. Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1950.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-194.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico e bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, 123 p.
- _____. 'Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal'. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.), *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, p. 39-50, 1995.
- BRITO, José de Sousa e. 'Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático'. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 39-47.
- BRITTO, Carlos Ayres de. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BROSSARD, Paulo. 'O Senado e as leis inconstitucionais'. In: *Revista de Informação Legislativa*, 50:55-64, Brasília, 1976.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- BURDEAU, George. *Traité de Science Politique*. 2ª. Edição, Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, 1950.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- _____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977.
- CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastas, 1947.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. 'O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed, Salvador: Juspodivm, pp. 113-135, 2007.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 30-51, 2002.
- _____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987, 347 p.
- CAPELLI, Sílvia. *O Estudo de Impacto Ambiental na Realidade Brasileira*, Dano Ambiental : Prevenção, Reparação e Repressão, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, São Paulo.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1984, v. 01.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, 488 p.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, 1351 p.
- _____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, p. 351-67, 1993.
- _____. *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- _____. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro et al. (orgs). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, v. II, p. 111-124, 2001.
- _____. 'Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, p. 7-17.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, 134 p.
- _____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- _____.; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. 'O Princípio da Anterioridade em matéria tributária'. In: *Revista de Direito Tributário*, 63, Malheiros Editores, p. 94/105.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CAVALCANTI, Antonio Maia. **A ideia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira**. In: *Habermas em discussão. Anais do Colóquio Habermas*. PINZANI; Alessandro; DUTRA, Delamar J. V. (Org.). Florianópolis: NEFIPO, 2005.
- CENCI, Elve Miguel, **Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídica brasileira**. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 10, p. 121-133, 2006.
- CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CHAVES, Magda Inês Rojas. "Control de constitucionalidad por omisión". In: *Revista de Derecho Constitucional*. San José de Costa Rica, nº 02, maio-agosto, 1991, p. 09 e s.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., trad. Brasileira de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, v. II, 1969.
- CITTADINO, Gisele. **Patriotismo constitucional, cultura e história**. Direito, Estado e Sociedade, n.31 p. 58 a 68 jul/dez 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 414 p.
- _____. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, p. 49-60, 2001.
- _____. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 117, Brasília, jan.-mar., 1993, p. 293-308.
- _____. DIAS, Cibele Fernandes. 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental'. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon (coords.). *Novos rumos da autonomia municipal*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3ª ed. rev. atual. amp., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. 'Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas'. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 138, abril/junho, 1998, p. 39-48.
- Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia. In: *Constituições de diversos países*. Jorge Miranda (Org.), 3ª ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, E. P., 1987, 2 v.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Controle de Constitucionalidade*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- _____. 'O Princípio do *Stare Decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 73-98, 2007.
- _____. 'A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a nova jurisdição constitucional brasileiro'. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.), *Estudos de Direito Constitucional*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 43-92, 2003.
- _____. 'A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF'. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 149-167, 2004.
- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental'. In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições JusPodivm, p. 429-500, 2006.

- _____. 'Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais'. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 71-112, 2007.
- _____. 'A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). *Leituras complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, pp. 395-441, 2007.
- _____. 'O princípio da segurança jurídica e a anterioridade especial como condição mínima para o cumprimento da anterioridade tributária'. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, ano 21, número 70, 2002, pp. 91-126.
- _____. *A Competência dos Municípios em Matéria Ambiental*, Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, Edição Especial: Direito Ambiental, vol. 5.
- _____. CARLOS RÁTIS. *EC 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Editora Juspodivm, 2005.
- CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *As Competências do Município na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos Editor (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. 'O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal'. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, p. 151-183, 1977.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2ª ed. rev. aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. 'Mandado de Injunção e Eficácia dos Direitos Constitucionais ante a Supremacia da Constituição'. In: *Revista da OAB-BA*, nº 01, ano 01, julho de 2002, T. II, p. 145-175.
- Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília, 12 de fevereiro de 1988.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DIDIER, Fredie. 'O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito brasileiro'. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 99-113, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 5ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, 160 p.
- DUARTE, Marcelo. 'Mandado de injunção'. In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, v. 34, jul./ago., 1990.
- DUGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 3ª ed., Fontemoing & Cie., Éditeurs, Paris, 1918.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 9ª ed, Presses Universitaires de France, Paris, 1966.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- _____. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, 257 p.
- _____. "La democracia y el lugar de la ley". In: *El Derecho, la Ley y el Juez: Dos estudios*. Madrid: Civitas, 1997, p. 23-62.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FALCÃO, Amílcar Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 52-76, 2002.
- _____. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 94-112, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, *Direito Civil. Teoria Geral*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales. La jurisdicción constitucional en iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. 'Pasado y Futuro Del Estado de Derecho'. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 16, 2003.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 253 p.
- _____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, 257 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. 'Legitimidade na Constituição de 1988'. In: *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- _____. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, nº 11, Recife, 2000, p. 345-359.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos*. 3ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 1996.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, 369 p.
- _____. 'Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998, 156 p.
- _____. *Do Processo Legislativo*. 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *O Poder Constituinte*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. amp. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, 576 p.
- _____. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, 4, 6 e 7.
- _____. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo I.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental e Patrimônio Genético*, Del Rey, Belo Horizonte, 1996.
- _____. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, Max Limonad, São Paulo, 1997.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- FRANCO, Antônio L. Sousa. *Noções de Direito da Economia*. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982/1983.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FROSINI, Vittorio. *Teoria de la Interpretación Jurídica*. Trad. De Jaime Restrepo. Bogotá, Temis.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca, Sígueme, 1993, v I.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 04 v.
- GARCIA, Maria. 'Arguição de Descumprimento: Direito do Cidadão. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, p. 99-106, jul./set., 2000.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. 'A Constituição e sua supremacia'. In: *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989, p. 89-121.
- GONÇAVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito - Poderes de Investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

- GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Nº 04, Rio de Janeiro: Forense.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, 347 p.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Proteção do Meio Ambiente (Caso do Parque do Povo)*, Revista dos Tribunais, abril/1984, 702: 247-260.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GUASTINI, Riccardo. "La 'Constitucionalización' del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, p. 49, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, 153 p.
- _____. *Direito Constitucional e Democracia*. In: ARGÜELLO, Kátie (org). *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- GUERREIRO, M. M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.
- _____. *Identities nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direitos Subjetivos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, 229 p.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- HELLER, Herman. *Teoria do Estado (Staatslehre)*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968, 374 p.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, 554 p.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- _____. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34 p.
- HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 2ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2006.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. atual. amp., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, 727 p.
- _____. *A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional brasileiro*. Tese de concurso para docência livre da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Edição da Faculdade, 1953, sob o título 'O Controle de Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar'.
- _____. 'Poder Constituinte do estado-membro'. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 88:5-17, 1988.
- _____. 'A Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro'. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 397 p.
- _____. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Trad. Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 1931.
- KRELL, Adreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, 109 p.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, 53 p.
- LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995, 264 p.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, 468 p.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, 198 p.
- LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. 13ª ed, São Paulo: Malheiros, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5ª ed, São Paulo: Malheiros, 1995.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. 'Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão'. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 101, jan./mar., 1989.
- _____. 'Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 363-385.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. 'A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas'. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2007.
- MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 94, p. 17-28, abr./jun. 1987.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidad Católica editora, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 15ª ed. atual. por Arnold Wald, São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, 48 p.
- _____. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, n.º 57-58, 1981, p. 233-256.
- _____. *Discrecionalidade e Controle Judicial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. rev. atual. amp, São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso de Albuquerque. 'O § 2º do art. 5º da Constituição Federal'. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 01-33.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, 328 p.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- _____. 'A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993'. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, p. 51-106, 1995.
- _____. Os Direitos Individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-313.
- _____. 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: www.planalto.gov.br).
- _____. 'Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 13, jun./2000 (disponível no site: www.planalto.gov.br).
- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 128-149, 2001.
- MENDES, João de Castro. Direitos, liberdades e garantias - alguns aspectos gerais. In: *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, v. 01: 93-117, 1977.
- MENÉNDEZ, I. Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid, 1997.
- MICHELMAN, Frank I. "The Constitution, social rights, and liberal political justification". In: *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, p. 13-34.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968.
- MIRANDA, Jorge. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição. In: *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, v. 01: 49-61, 1977.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 5 T.
- _____. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MODUGNO, Franco. "Corollari del principio di 'legittimità costituzionale' e sentenze 'sostitutive' della Corte". *Giur. Cost.*, 1969.
- _____. "La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1646 e s.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, 687 p.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, 326 p.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, T. I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. In: *Revista Forense*, n.º 304, Rio de Janeiro, out./dez. 1988, p. 151-155.

- _____. 'Mandado de injunção'. In: *Revista de Processo*, v. 56, out./dez., 1989.
- _____. 'SOS para o mandado de injunção'. In: *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11.09.90, 1^a Caderno, p. 11.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7^a ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, v. V, arts. 476 a 565, 1998.
- MOREIRA, Vital. 'Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade'. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.
- _____. *Economia e Constituição*. Coimbra, 1979.
- MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, 135 p.
- _____. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: editora RT, 2004.
- MORTATI, Costantino. 'Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore'. In: *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Milan: Giuffrè, vol. III, 1972.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2^a ed. rev., trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, 112 p.
- _____. 'As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs'. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, p. 337-355, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4^a ed., rev. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- NETO, João Pedro Gebran. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002, 198 p.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. 'Os limites ideológicos e jusfilosóficos do Poder Constituinte Originário'. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, pp. 379-407, 2007.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Teoria Geral do Processo I. In: *Curso de Especialização em Direito Processual*. Módulos 1.3 e 1.4, para uso exclusivamente acadêmico, 28 p., lidos no original digitado.

- _____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7^a ed., Madrid: Tecnos, 2001, 578 p.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5^a ed. rev. amp. atual., São Paulo: Max Limonad, 2002, 334 p.
- _____. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- POLLETI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: WVC Editora, 1998.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5^a ed., rev. reest., São Paulo: Saraiva, 2001.
- RIBEIRO, Manoel. *Do Poder Constituinte*. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1985.
- RIVERO, Jean. *Les Libertés publiques*. 5^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1987, v. 1, 312 p.
- _____. A modo de síntese. In: Vários Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n^o 16, 1996, p. 39-58.
- RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998.
- RODRIGUES, Jamile Porto, 'A paternidade sócioafetiva, seu reconhecimento e seus efeitos'. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, p. 129-138, 2007.
- ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, trad. Maria Helena Diniz.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000, 430 p.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, p. 55-65.
- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 198-236, 2001.
- _____. 'Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99'. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 269-292.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1987.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 894 p.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 378 p.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 150-171, 2001.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel. 'Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 85-108, 2001.
- _____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SCHAPIRO, Robert A. "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction". In: *The Yale Law Journal*, vol 99, 1989, p. 231 e s.

- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 1ª ed., 3ª reimp., Madrid: Alianza Editorial, 2001, 371 p.
- _____. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SEEWALD, Otfried. *Gesundheit als Grundrecht. Grundrechte als Grundlagen von Ansprüchen auf gesundheitsschützende Staatliche Leistungen*. Atheneum, Königstein, vol. 9, 1982.
- SIDOU, J. M. Othon. "Habeas data", mandado de injunção, "habeas corpus", mandado de segurança, ação popular. *As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa: Princípios e Métodos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 835 p.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 1998, 263 p.
- _____. 'Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional'. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Minas Gerais, Imprensa Universitária da UFMG, n. 60/61, jan./jul., 1985, p. 495-524.
- _____. 'Mandado de injunção'. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVESTRI, Gaetano. "Le sentenze normative della Corte costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1684 e s.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova Teoria da Divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, 140 p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 693 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. 'Mandado de injunção'. In: *Revista de Direito Público*, 94:146-151.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, 892 p.
- _____. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, 156 p.
- _____. *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- _____. 'Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei'. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, p. 38-76, 2001.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, 750 p.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª ed. rev. amp., São Paulo: Malheiros, 2002, 214 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 26ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Revista Forense, v. I, 1999.
- _____. 'Mandado de Injunção'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 423-430.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- _____. 'A Nova Feição do Mandado de Injunção'. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 02, 1993.
- _____. 'As novas garantias constitucionais'. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 644, 1989.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico: a Ordem Econômica Portuguesa*. Almedina, Coimbra, 1990.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Derechos individuales. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona: Seix, 1955, t. VII.
- _____. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. 2ª ed. rev. aum., Madrid: Dykinson, 1998, 315 p.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. 'Tópica e Jurisprudência'. In: *Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo*, vol. I. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: DIN, 1979.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 5ª ed., Edizioni Universitarie, Palermo, 1961.
- WALD, Arnoldo. 'Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)'. In: *Revista Forense*, v. 329, 1995.
- _____. 'O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente'. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: www.planalto.gov.br).
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.